



Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
“LUISS Guido Carli”
Dipartimento di Scienze economiche ed aziendali

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia
XXII ciclo

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
IL CASO DELLE RETI DI COMUNICAZIONE DI NUOVA
GENERAZIONE

COORDINATORE: PROF. MARCELLO CLARICH
DIRETTORE DI RICERCA: PROF. ROBERTO PARDOLESI
DOTTORANDO: ALESSANDRA IORIO

*Ai miei genitori e a Ciro,
che sempre mi sostengono e insegnano.*

INDICE

Introduzione pag.1

* * *

CAPITOLO PRIMO

Modelli gestionali dei servizi pubblici locali: l'evoluzione dal monopolio alla liberalizzazione

- 1.1. I servizi pubblici locali pag. 11
- 1.2. La concezione tradizioni pag. 14
- 1.3. Il carattere locale del servizio pubblico pag. 19
- 1.4. L'approccio casistico alla nozione pag. 28
- 1.5. Servizi pubblici locali “*tradizionali*” e “*a rilevanza economica*”
..... pag. 38
- 1.6. L'affidamento del servizio pubblico locale: l'evoluzione
normativa prima dell'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 pag. 47
- 1.6.1. *Le origini: la municipalizzazione dei servizi pubblici* pag. 48
- 1.6.2. *Gli interventi degli anni '90* pag. 53
- 1.6.3. *Dal T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000) alla legge n. 326/2003* pag. 60
- 1.7. La disciplina (generale) introdotta dall'art. 23-bis D.L. n.
112/2008 pag. 64
- 1.8. *segue: l'affidamento diretto in-house e il ruolo dell'AGCM*
..... pag. 70

| | | |
|-------|---|---------|
| 1.8.1 | <i>La natura eccezionale dell'affidamento in house</i> | pag. 70 |
| 1.8.2 | <i>Caratteri essenziali del fenomeno dell' in-house providing</i> | pag. 74 |
| 1.8.3 | <i>L'art. 23-bis e l'affidamento in-house</i> | pag. 87 |
| 1.9. | <i>segue: il regime transitorio</i> | pag. 93 |

CAPITOLO SECONDO

Il Partenariato Pubblico-Privato:

i servizi pubblici locali tra Stato e mercato

| | | |
|--------|--|----------|
| 2.1. | <i>Premessa</i> | pag. 97 |
| 2.2. | <i>Le tipologie del partenariato pubblico-privato</i> | pag. 101 |
| 2.3. | <i>PPP e finanziamento dei servizi pubblici locali</i> | pag. 112 |
| 2.3.1. | <i>La dignità del modello della società mista e il tramonto dell' in-house quale modalità di affidamento dei servizi pubblici locali</i> | pag. 118 |
| 2.3.2. | <i>La partecipazione privata e gli "specifici compiti operativi"</i> | pag. 123 |
| 2.3.3. | <i>La gara per la scelta del socio privato</i> | pag. 129 |
| 2.4. | <i>Le società miste e la tutela della concorrenza</i> | pag. 130 |
| 2.5. | <i>I principi comunitari nella scelta del contraente</i> | pag. 145 |
| 2.6. | <i>Il Project financing: uno strumento di finanza innovativa</i> | pag. 150 |

CAPITOLO TERZO

Il Partenariato Pubblico Privato e il finanziamento di infrastrutture: il caso delle reti di telecomunicazioni a banda larga

| | | |
|--------|--|----------|
| 3.1. | Introduzione | pag. 167 |
| 3.2. | <i>New Generation Network</i> e effetti pro-competitivi delle infrastrutture a banda larga | pag. 172 |
| 3.2.1. | <i>NGN e accesso alla rete locale</i> | pag. 183 |
| 3.3. | Lo sviluppo della banda larga in Italia: lo scenario di riferimento..... | pag. 188 |
| 3.3.1. | <i>Le prime iniziative: la società Infratel S.p.A. e il progetto per il Sud</i> | pag. 188 |
| 3.3.2. | <i>Il Rapporto Caio e il Piano Romani: la sfida al dividendo digitale</i> | pag. 194 |
| 3.3.3. | <i>La transizione verso le reti NGN: pianificazione, contesto legislativo e prime iniziative regolamentari</i> | pag. 197 |
| 3.3.4. | <i>Il quadro regolamentare comunitario delle NGN</i> | pag. 208 |
| 3.4. | L'utilizzo dei modelli di PPP per la realizzazione di infrastrutture a banda larga | pag. 214 |
| 3.4.1 | <i>I primi interventi pubblici per la promozione delle reti a banda larga</i> | pag. 215 |

| | |
|--|----------|
| 3.4.2. <i>Le politiche di sostegno all'offerta di infrastruttura mediante l'utilizzo di forme di partenariato pubblico-privato</i> | pag. 219 |
| 3.4.3. <i>Il progetto di costituzione di una società mista pubblico-privata per la costruzione di reti NGN in Italia</i> | pag. 238 |
| 3.4.4. <i>Un caso concreto di innovazione e trasformazione nella Provincia autonoma di Trento</i> | pag. 243 |
| 3.5. <i>Il finanziamento pubblico delle reti informatiche a banda larga e la disciplina degli aiuti di Stato</i> | pag. 248 |

* * *

| | |
|---|----------|
| <i>Riferimenti Bibliografici</i> | pag. 258 |
|---|----------|

Introduzione

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare il tema della gestione e finanziamento dei servizi pubblici, con particolare riferimento alla dimensione locale degli stessi e alle problematiche applicative che li caratterizzano.

Si tratta invero di un'area di indagine in fase di progressiva apertura verso logiche di mercato, nella quale i principi derivanti dall'ordinamento europeo hanno alimentato una progressiva tensione verso l'adozione di forme gestionali efficienti, tese a valorizzare il ruolo degli investimenti privati.

Il quadro giuridico del finanziamento dei servizi pubblici si presenta così caratterizzato da una continua evoluzione normativa, che pare trovare un punto di arrivo nell'art. 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008, come ulteriormente articolato dal recente regolamento governativo di attuazione.

Il risultato dell'analisi ci permette di apprezzare l'affermazione di modelli gestionali che si fondano su una stretta cooperazione tra il settore pubblico e privato. Ciò appare essere la conseguenza non solo dell'ormai imprescindibile attenzione a tematiche di tipo competitivo, ma della progressiva consapevolezza di trovare, nell'apporto di competenze e valori propri del settore privato, un'importante soluzione ai crescenti

limiti che gli enti pubblici incontrano nel finanziamento e nel perseguimento dei propri interessi istituzionali.

In altre parole, la collettività di riferimento (tanto nazionale, quanto locale) trova oggi nel mercato un alleato – e non più una minaccia – al fine di usufruire di servizi pubblici di qualità e sostenibili, con l’effetto di importare in ambito pubblico modelli gestionali tesi all’innovazione e all’efficienza.

Negli ultimi anni, si è quindi manifestato un crescente interesse da parte della letteratura giuridica e economica nei riguardi del partenariato pubblico-privato (“*public-private partnership*”, nel seguito anche “PPP”), considerato come uno strumento privilegiato al fine di rimediare tanto ai fallimenti del mercato, quanto a quelli delle pubbliche amministrazioni nel finanziamento e nella gestione dei pubblici servizi.

Nella specie si è osservato come, rispetto alle tradizionali forme di approvvigionamento di beni e servizi da parte dello Stato, le PPP consentano un utilizzo combinato di risorse e infrastrutture che si rivela aderente a criteri di economicità e orientamento al costo, pur consentendo una definizione degli obiettivi di qualità da perseguire.

Al riguardo, il capitolo iniziale si confronterà col tema dell’individuazione dei contorni del servizio pubblico, che si conferma sfuggente all’interprete: racchiusa tra esigenze proprie

dell'ordinamento nazionale e europeo, si sottrae ad ogni rigida predeterminazione normativa, partecipando ad una dimensione *latu sensu* politica e funzionale alle esigenze delle comunità dei governati.

Nel capitolo secondo, l'oggetto di analisi si sposterà sulle modalità di gestione dei servizi pubblici che si sono affermate nella prassi e sul loro rapporto con il settore privato. Ciò includerà un'indagine circa l'evoluzione legislativa delle modalità di finanziamento dei servizi pubblici, fino a giungere ai modelli attualmente invalsi.

Tra questi ultimi, in particolare, ci si soffermerà sulle tipologie di PPP e sulla disciplina loro applicabile, analizzando modelli di finanziamento quali le società miste, il *project financing* e il dialogo competitivo.

In estrema sintesi, si osserverà come le PPP si caratterizzino – rispetto alle tradizionali forme di appalti di beni e servizi pubblici – per alcuni tratti significativi. Questi includono in particolare: un rapporto contrattuale di lunga durata, il trasferimento del rischio sul *partner* privato e un'attribuzione di compiti di natura complessa che spaziano dalla progettazione, alla costruzione, alla gestione e al finanziamento dell'opera.

Tali forme di collaborazione con il settore privato per la costruzione e/o la gestione di opere di interesse pubblico

rappresentano, oggi, importanti modalità di finanziamento, in alternativa al tradizionale approccio di intervento pubblico, soprattutto in quei settori che presentano concrete prospettive di remunerazione del capitale privato, come il settore energetico, dei trasporti e delle telecomunicazioni, dell'edilizia e delle infrastrutture locali.

La diffusione delle PPP è stata inoltre sostenuta da alcuni fenomeni che hanno caratterizzato la nostra economia negli ultimi decenni, quali l'affermarsi di politiche di privatizzazione degli enti pubblici e la necessità di adottare politiche di riduzione della spesa pubblica, imposta da vincoli di bilancio nazionali o internazionali, pur a fronte di un'immutata domanda di infrastrutture.

Tra i più evidenti vantaggi che l'adozione di forme di cooperazione con il settore privato presentano, la più rilevante è quella derivante dalle prospettive di minimizzazione dei costi, superiore a quella collegata ad un investimento diretto pubblico. Infatti, il *partner* privato è particolarmente interessato alla riduzione dei tempi necessari per la realizzazione dell'opera, in modo da aumentare i profitti attesi, ridurre il costo del finanziamento e i rischi collegati all'investimento. Anche l'innovazione può invero rappresentare un'importante leva per la riduzione dei costi legati al progetto.

In definitiva, aprire l'investimento pubblico ad una partecipazione del capitale privato può incentivare l'investimento in innovazione e crescita e condurre ad una migliore allocazione delle risorse.

In tale direzione, assumono rilevanza i criteri che guidano la scelta del soggetto privato, la quale è solitamente effettuata sulla base di gare o aste idonee a selezionare i candidati maggiormente efficienti, definendo finanche alcuni obiettivi di programma da raggiungere.

Successivamente, si effettuerà una riflessione su alcuni concreti aspetti applicativi delle PPP, i quali saranno osservati alla luce dello specifico settore economico in cui gli enti pubblici intendono intervenire.

In Italia, l'impiego dei modelli di PPP ha riguardato diversi settori dell'economia nazionale (si pensi alle grandi opere infrastrutturali), così come iniziative in ambito più propriamente locale, legate all'edilizia sociale e pubblica, ai trasporti e viabilità, alle risorse idriche e dell'ambiente.

Attualmente, tra i progetti di rilevanza per l'utilizzo dei modelli di PPP, figura la realizzazione di reti di telecomunicazione di nuova generazione ("NGN") per la fornitura di servizi di accesso internet alla popolazione.

Si tratta di progetti centrali per la crescita delle economie europee, in cui l'innovazione tecnologica necessariamente richiede di essere supportata da un'infrastruttura in grado di veicolare un servizio di telecomunicazione omogeneo e qualitativamente elevato, su tutto il territorio nazionale.

Anche in ambito locale, i progetti relativi alla diffusione dei servizi di accesso a internet verso la collettività ha condotto i principali attori istituzionali a identificare nelle infrastrutture a banda larga un bene pubblico, in relazione al quale, si pone una questione di insufficienza dell'investimento privato.

In Italia, il livello di penetrazione della connessione a banda larga è inferiore alla media europea, così come le famiglie che hanno concreto accesso ai servizi di connessione. Allo stesso tempo, anche la domanda di servizi *internet-based* da parte della popolazione si attesta su livelli ridotti. Ciò rappresenta indubbiamente uno scenario complesso, in cui esistono fattori che riducono l'interesse economico verso lo sviluppo e l'installazione di nuove reti, disincentivando eventuali forme di investimento privato.

Il terzo capitolo si propone quindi di fornire un quadro di esame delle prospettive di sviluppo e delle problematiche applicative che le PPP incontrano nell'ambito della realizzazione di reti a banda larga.

In particolare, si darà atto del dibattito – presente in Italia, oltre che in Europa – incentrato sulla necessità di orientare gli investimenti pubblici verso la progressiva estensione e innovazione della fornitura di servizi di connettività a banda larga a cittadini e imprese, quale fattore di impulso – se non vero e proprio fondamento – di una crescita economica basata sulla società dell’informazione.

Ciò sarà svolto, in primo luogo, mediante un’introduzione preliminare alle infrastrutture a banda larga e al relativo ruolo nell’ambito delle politiche economiche dei Paesi europei. A questa seguirà una riflessione in merito ai possibili spazi applicativi e alla configurazione dei modelli di PPP al relativo finanziamento.

Nello specifico, l’analisi evidenzierà la forte integrazione ed interdipendenza esistente tra le prospettive regolatorie del settore - in via di attuale definizione - e le regole di concorrenza applicabili, le quali contribuiscono a conformare e indirizzare il contenuto delle iniziative di PPP in questo settore.

A tal fine, si procederà ad un’attenta osservazione delle recenti proposte di iniziativa governativa relative alla costituzione di una “Società della Fibra” e dei progetti individuali avviati in alcune provincie italiane, aventi come ultimo obiettivo quello di “digitalizzare” l’economia locale. Al contempo, si analizzerà il

quadro di riferimento europeo, come da ultimo espresso nelle linee direttrici della Commissione europea in materia di regolamentazione dell'accesso alle reti di nuova generazione, nonché le prime misure regolamentari adottate in Italia.

Il percorso di analisi esposto permetterà di osservare la peculiare preminenza che assumono nel settore *de quo* i principi di concorrenza, quali contenuti nella disciplina degli aiuti di Stato e interpretati dalla Commissione europea nella sua prassi decisionale. Il rilievo permetterà di apprezzare come questi ultimi incidano concretamente sulla configurazione degli schemi di PPP adottati nell'ambito delle iniziative di finanziamento delle reti di comunicazione di nuova generazione.

In conclusione, l'analisi e le considerazioni svolte nel presente lavoro porranno in evidenza come la realizzazione e il finanziamento di reti di comunicazione di nuova generazione rappresenti invero una tematica regolatoria estremamente complessa e in corso di progressiva definizione. Il tema si contraddistingue per la necessità di un approccio di indagine integrato, che coinvolga non solo aspetti regolamentari e tecnici, ma, specialmente, considerazioni di tipo sociale e politico. Su questo sfondo, le interazioni tra i soggetti istituzionali e privati si svolgono secondo i modelli fluidi delle PPP; questi ultimi, se da un lato si conformano alle prescrizioni in materia di concorrenza,

dall'altro non sono interamente assorbiti in queste ultime. Rileva, al riguardo, la peculiarità propria delle problematiche legate allo sviluppo di infrastrutture a banda larga, sintesi del livello sovranazionale degli interessi coinvolti e, al contempo, del ruolo primario e indispensabile che gli enti locali sono chiamati a svolgere, secondo i principi di sussidiarietà, efficienza e neutralità dell'intervento pubblico.

CAPITOLO PRIMO

MODELLI GESTIONALI DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI:

L'EVOLUZIONE DAL MONOPOLIO VERSO LA

LIBERALIZZAZIONE

Sommario: **1.1.** I servizi pubblici locali **1.2.** Le concezioni tradizionali **1.3.** Il carattere locale del servizio pubblico **1.4.** L'approccio casistico alla nozione **1.5.** Servizi pubblici locali "tradizionali" e "a rilevanza economica" **1.6.** L'affidamento del servizio pubblico locale: l'evoluzione normativa prima dell'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 - *1.6.1.* Le origini: la municipalizzazione dei servizi pubblici - *1.6.2.* Gli interventi degli anni '90 - *1.6.3.* Dal T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000) alla legge n. 326/2003 - **1.7.** La disciplina (generale?) introdotta dall'art. 23-bis D.L. n. 112/2008 **1.8.** segue: l'affidamento diretto *in-house* e il ruolo dell'AGCM - *1.8.1* La natura eccezionale dell'affidamento *in-house* - *1.8.2* Caratteri essenziali del fenomeno dell' *in-house providing* - *1.8.3.* L'art. 23-bis e l'affidamento *in-house* **1.9.** segue: il regime transitorio

1.1 I servizi pubblici locali

La nozione di servizio pubblico si palesa di sfuggente definizione: racchiusa tra le esigenze proprie dell'ordinamento comunitario, da un lato, e nazionale, dall'altro, si sottrae ad ogni rigida predeterminazione normativa, partecipando ad una dimensione *latu sensu* politica e funzionale alle esigenze delle comunità dei governati.

La nozione di servizio pubblico emerge gradualmente in Italia nei primi anni del secolo scorso, in corrispondenza dei

fenomeni di nazionalizzazione e municipalizzazione di alcuni settori industriali fino a quel momento in mano all'iniziativa imprenditoriale privata, allo scopo di orientare l'attività economica di erogazione di determinati servizi verso il soddisfacimento di bisogni collettivi.¹

Appare corretto collegare la crescente importanza al tema, con la progressiva affermazione delle prerogative dello stato sociale, rispetto al quale assume valore di corollario la necessità di mettere a disposizione dei cittadini alcuni servizi ritenuti essenziali.²

Ulteriore e rilevante attenzione al tema dei servizi pubblici è poi derivata dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, per la quale il servizio pubblico (*rectius* servizio di interesse economico generale³) rappresenta non solo l'affermazione di un modello sociale europeo, ma, ancor prima, un potenziale ambito del mercato unico conteso tra libera iniziativa privata e organismi pubblici, rispetto al quale il legislatore europeo stabilisce precise

¹ È il periodo del cd. "socialismo municipale", espressione dell'autonomia comunale nella gestione di servizi pubblici a maggior rilievo economico-sociale; v., *amplius*, CASTELLANI, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, Anci, 1996; CINTIOLI F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in Scritti in onore di Giuseppe Palma, Giustizia Amministrativa, 2009, I, pag. 16.

² Cfr., VILLA F., *Dimensioni del servizio sociale. Principi teorici generali e fondamenti storico-sociologici*, Milano, 2002, pag. 130.

³ Su tale nozione, v., *amplius*, nel seguito, par. I.5.

regole al fine di evitare distorsioni del meccanismo concorrenziale.⁴

Ciò determina una mutevolezza intrinseca della nozione di servizio pubblico, che, peraltro, non ha impedito alle scienze economiche e giuridiche di offrire degli spunti ricostruttivi della nozione in esame.

Nella letteratura economica, si è proposto di considerare “servizio pubblico” quei servizi che, ritenuti di interesse rilevante per la collettività, abbiano anche una delle seguenti caratteristiche: non-rivalità e non-escludibilità nel consumo.⁵

In particolare, un bene o servizio è escludibile quando è possibile, legalmente e/o tecnologicamente, impedire a qualcuno di fruire di quel bene o servizio. La rivalità, invece, ricorre quando il consumo da parte di un soggetto limita (o impedisce del tutto) la possibilità di godimento dello stesso bene da parte di un altro soggetto.⁶

⁴ Ci si riferisce alla tematica, che sarà esaminata, *infra*, delle modalità di affidamento dei servizi pubblici, le quali devono assicurare la più ampia trasparenza e partecipazione degli operatori economici interessati, nel rispetto dei principi comunitari di libertà di stabilimento e prestazione dei servizi.

⁵ Si veda, sul punto, Arcangeli R., *Economia e gestione delle imprese di servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2000, pag. 74 e ss. Vedi anche Lieberman, Hall, *Principi di economia*, Milano, 2006, pag. 399.

⁶ Vedi anche Lieberman, Hall, *Principi di economia*, cit., pag. 399, per cui “quando un bene o un servizio non è caratterizzato da rivalità, il mercato non è in grado di fornirlo in maniera efficiente. Per raggiungere l’efficienza economica, tale bene o servizio dovrebbe invece essere fornito dallo Stato”.

In ambito giuridico, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione confrontarsi col problema definitorio in questione, manifestando da subito disagio per approcci troppo generici. A fronte di alcune posizioni che consideravano servizio pubblico quello *“caratterizzato dalla offerta indifferenziata al pubblico”*, si è tentata una via funzionalista, in base alla quale il servizio pubblico include *“qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un’utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale”*.⁷ In tal senso viene valorizzato quell’elemento finalistico del servizio, ovvero quello di rispondere *“ad esigenze di utilità generale”* o comunque di essere a queste destinate, *“in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi”*.⁸

1.2 Le concezioni tradizionali

In radice, dietro al problema definitorio, si celano ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, impegnati nella ricerca di un

⁷ Cons. Stato, sent. n. 2605 del 20.3.2001. Cfr., nello stesso senso, Cons. Stato sent. n. 3847 e 3848 del 29.5.2001. In dottrina, vedi Calamia, Mastrofina *“La riforma dei servizi pubblici locali (forme di gestione, modulistica e giurisprudenza)”*, Macerata, 2004, pag. 19.

⁸ Cons. Stato, sent. n. 2605 del 20.3.2001, cit., che qualifica di conseguenza servizio pubblico *“il «servizio calore», allorché è reso per gli edifici scolastici, i musei, gli uffici giudiziari, gli impianti sportivi ed altri, in funzione servente al soddisfacimento di altri fini pubblici inerenti allo sviluppo e alla promozione sociale della comunità”*.

comune denominatore, apparentemente difficile da individuare.⁹

Nella specie, le teorie che tradizionalmente si sono contrapposte, individuano, da un lato, un criterio soggettivo, inteso a valorizzare l'imputabilità del servizio al soggetto pubblico che ne assume la responsabilità gestionale (cd. servizio pubblico in senso soggettivo); dall'altro, il criterio della rispondenza, obiettiva, del servizio al soddisfacimento di un bisogno pubblico (cd. servizio pubblico in senso oggettivo).¹⁰

La teoria soggettiva si rinveniva specialmente nella fase iniziale di affermazione dei servizi pubblici, derivando dall'assunzione diretta di alcune attività da parte dell'ente locale. In tale prospettiva, si ritengono elementi qualificanti del servizio l'assunzione e la gestione da parte di un pubblico potere di una determinata attività produttiva.

Al tempo stesso, siffatta impostazione si esponeva alle critiche di chi evidenziava come esistesse una possibile discrasia tra le attività poste in essere dalla pubblica amministrazione e il concetto di pubblica utilità. Inoltre, sfuggiva all'approccio citato

⁹ Cfr., sul punto, Arnaudo, *"I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio"*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2009, pag. 357, che criticamente rileva come, ad oggi, ancori latiti una definizione univoca e condivisa della nozione.

¹⁰ Cfr., per una disamina della varie interpretazioni, Napolitano, G., *Servizi pubblici*, in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pag. 5517 ss e Police, A., *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in Mangiameli, I *Servizi Pubblici Locali*, Torino, 2008, pag. 63 ss.

la circostanza che anche attività svolte dai privati possono assumere le caratteristiche sostanziali del servizio pubblico.¹¹

In una diversa prospettiva, la teoria che si può definire oggettiva muove verso un superamento di una visione meramente “pubblicistico-organizzativa” della nozione di servizio pubblico. Si vuole così porre in evidenza l’intrinseca tensione del servizio pubblico verso i bisogni della società, valorizzando una dimensione collettiva degli interessi sottesi al servizio pubblico. Di talché, rientrerebbero allora nella nozione, oltre alle attività attratte alla soggettività dello Stato (i.e. gestite dallo stesso o affidate a propri concessionari), le attività indirizzate al perseguimento e promozione di fini sociali.¹²

La teoria si poggiava altresì sul referente costituzionale di cui agli artt. 41-43 Cost., che evidenzerebbe come il pubblico servizio si caratterizzi per essere un’attività economica, pubblica o privata, sottoposta dalla legge a programmi e controlli, affinché essa possa essere coordinata ed indirizzata verso fini sociali. In particolare, elementi necessari si rinvenivano nell’autorizzazione,

¹¹ Cesarini, L., *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, Università degli Studi di Perugia, 2004, disponibile alla pagina web: http://www.diritto.it/materiali/enti_locali/cesarini.html.

¹² Scotti E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003, pag. 133.

come atto iniziale di investitura, e nei successivi controlli, quali garanzia del perdurante asservimento all'utilità pubblica.¹³

Invero, la concezione oggettiva anticipava e descriveva un processo di evoluzione della pubblica amministrazione che arretrava da gerente diretto del servizio a controllore di una gestione altrui, come la figura della concessione di pubblici servizi avrebbe viepiù messo in risalto.¹⁴

Residuavano, in ogni caso, insoddisfazioni legate all'eccessiva ampiezza della nozione e alla conseguente forte eterogeneità dei servizi che ricadevano nella stessa.

Al contempo, l'impostazione oggettiva pone in risalto il momento genetico del servizio, valorizzando la componente più propriamente politica del medesimo. Si cerca, ad esempio, di individuare elementi di rilevanza, storica e geografica, del bisogno pubblico, riconducendoli principalmente a tre momenti valutativi: - l'opportunità politica ad intervenire; - l'accettabilità sociale dell'intervento pubblico; - l'efficacia economica dell'azione pubblica.¹⁵

¹³ Cfr., per una ricostruzione della tesi cd. oggettiva, Garofoli R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998, pag. 472.

¹⁴ Sul punto, si vedano i contributi di Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in Riv. it. Dir. pubbl. com., 1997, pag. 51 e Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 1999, pag.71.

¹⁵ Cfr., Borgonovi E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano, 2002.

Nella specie, l'opportunità politica nella definizione di un servizio pubblico dipendeva a sua volta da una serie complessa di fattori, quali, ad esempio, l'esistenza di una rivendicazione collettiva della necessità del servizio, l'operatività di adeguati meccanismi democratici tesi a dare evidenza al bisogno stesso, il particolare orientamento politico dei gruppi di partiti al governo. In termini di efficacia, inoltre, la valutazione è strettamente legata al vantaggio sociale derivante dalla circostanza che il gestore del servizio avrebbe applicato tariffe anche inferiori al prezzo altrimenti stabilito dal mercato, sorretto da una logica ben diversa da quella imprenditoriale.

D'altronde, esempio della natura mutevole del servizio pubblico cui facevamo cenno, è rappresentato dagli orientamenti neoliberisti, manifestatisi in Inghilterra a partire dai primi anni ottanta e che portarono ad un ridimensionamento delle ambizioni dello stato sociale, specialmente nel periodo thatcheriano.

In particolare, ciò che contribuisce a rendere estremamente "congiunturale" l'identificazione degli obblighi di servizio pubblico è tanto il progresso tecnologico, quanto la variabilità della domanda. Ed invero, la concorrenza potrebbe spiegare il proprio principale effetto appunto nella direzione di far evolvere i mercati verso equilibri in cui lo spazio della regolamentazione

venga ridefinito e semplificato, nel costante perseguimento di obiettivi di efficacia ed efficienza.¹⁶

Ad ogni modo, la concezione oggettiva ha il merito di concentrare l'analisi su due momenti principali: *i*) un primo, di tipo organizzativo, che identifica il soggetto gerente (indifferentemente pubblico o privato) e *ii*) un secondo, di tipo gestionale, teso a enucleare le concrete modalità di espletamento del servizio. Tali due momenti rappresentano, invero, gli elementi su cui si appuntano le principali problematiche applicative che la materia dei servizi pubblici incontra, tratteggiando, in estrema sintesi, i contorni della nozione.

1.3. Il carattere locale del servizio pubblico

Se le due teorie appena richiamate si sono contese il merito di qualificare il servizio pubblico, si è potuto peraltro assistere ad una marcata tendenza che ha progressivamente creato un *“legame privilegiato tra i servizi pubblici e gli enti locali”*.¹⁷

Infatti, se da un punto di vista economico il carattere *“locale”* del bene-servizio pubblico si appunta sulla possibilità di limitare le caratteristiche di non-rivalità e non-escludibilità ad un

¹⁶ Monti M., *I servizi pubblici locali nel quadro della politica di concorrenza comunitaria*, intervento al convegno *“Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali”*, tenuto presso la Fondazione Montedison in data 20.3.2000.

¹⁷ Cons. Stato, parere n. 2410 del 24.5.2010, par. 1.

territorio circoscritto, ragioni storiche, relative al ruolo del comune come ente di riferimento della collettività, hanno dapprima fondato il fenomeno della cd. municipalizzazione dei servizi pubblici¹⁸ e, quindi, sono riemerse – consolidandosi - con la legge n. 142/1990 sugli enti locali e le sue successive modifiche.

In particolare, la legge 142/1990 - la prima ad essere intervenuta in materia dopo il Testo Unico del 1925 - prevede un ruolo di primo piano per l'ente locale, affermando, all'art. 22, che *“i Comuni e le Province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.”*

Significativamente, tale nozione di servizio pubblico è stata poi recepita – invariata – nell'art. 112 del Testo Unico sugli Enti Locali n. 267/2000 (“TUEL”).

Tale disposizione, come è stato notato¹⁹, opera una sorta di fusione tra concezioni soggettive e oggettive, adottando una definizione piuttosto ampia di produzione di beni e servizi, che devono mirare tanto alla realizzazione delle esigenze specifiche

¹⁸ Vedi *infra*, par. I.6.

¹⁹ Vedi Calamia, Mastrofini *“La riforma dei servizi pubblici locali cit. , pag. 21 e ss.*

della collettività di riferimento, quanto al perseguimento di fini sociali, economici e civili.²⁰

Parallelamente, la Commissione europea ha posto l'accento sulla nozione di "*interesse economico generale*" dei servizi in questione, ritenendo irrilevante la natura pubblica o privata del gestore e ribadendo la sostanziale libertà degli Stati membri nella loro individuazione.²¹

Intervenendo per assicurare il rispetto dei principi di concorrenzialità del mercato e, specialmente, della piena parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, il tema dei servizi pubblici ha ricevuto la significativa attenzione della Commissione europea in più occasioni. In particolare, consapevole della delicatezza degli interessi statali coinvolti, la Commissione riconosceva da un lato la competenza degli Stati membri nel momento genetico di individuazione dei bisogni della collettività; dall'altro limitava le possibili conseguenze *nel* mercato interno che le modalità di organizzazione del servizio avrebbe potuto comportare. Rileva, al riguardo, la disciplina applicabile agli aiuti di Stato e delle libertà di circolazione del mercato interno.²²

²⁰ Cfr. Zanchetta, *I servizi pubblici locali*, Milano, 2001, pag. 45.

²¹ Vedi la Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, in GUCE C 17/4 del 19.1.2001.

²² Tra le ripetute affermazioni della giurisprudenza comunitaria sul tema, si veda ad esempio Causa C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari*, par. 21, per cui: "*I principi di parità di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità*

A tale scopo, nel maggio 2003 la Commissione ha presentato il Libro Verde sui servizi d'interesse generale, il quale, utilizzando strumenti di persuasione non vincolanti, si propone di fornire alcune linee guida in tema di fornitura di servizi di interesse generale, la definizione di obiettivi di interesse generale perseguiti da tali servizi, nonché sul modo in cui tali servizi sono organizzati, finanziati e valutati.²³

L'indirizzo adottato dalla Commissione appare consapevole della fondamentale questione sottesa al tema, ossia il difficile equilibrio da tracciare tra il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte degli attori coinvolti e, dall'altro, la salvaguardia dell'interesse generale dei cittadini.

L'obiettivo, pertanto, è la graduale apertura al mercato dei servizi pubblici, anche locali, fermo restando la tutela del servizio

comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permette all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi siano rispettati. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.”

²³ Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde sui servizi d'interesse economico generale*, Bruxelles, 21/05/2003, COM (2003) 270. L'approccio appare confermato dalle seguenti iniziative, quali la Comunicazione, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM(2004) 374 e, da ultimo, la comunicazione *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo" - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 724.

universale.²⁴ Quest'ultimo, si traduce nella garanzia per ogni individuo, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, di accedere ad un servizio di qualità specificata, ad un prezzo giusto.

In altre parole, l'impostazione vuole che l'attore pubblico (nazionale, regionale o locale) dismetta il proprio ruolo di gestore, per lasciarlo, in ossequio alle ragioni della sussidiarietà, alla libera iniziativa privata; al contempo, però, imperativa appare – e viene riconosciuta – la necessità di garanzia di un servizio di qualità, tramite il ruolo di monitoraggio, regolamentazione e, eventualmente, finanziamento dei servizi stessi.

L'ambito oggettivo dell'intervento comunitario, come detto, è riconducibile alla nozione di “*servizi di interesse economico generale*”, che mette capo, nella prassi comunitaria, a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, le amministrazioni locali o nazionali assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.²⁵

²⁴ “*I servizi di interesse generale collegati alla funzione di protezione del welfare e alla tutela sociale rientrano chiaramente fra le responsabilità nazionali, regionali e locali. Cionondimeno, è riconosciuto il ruolo della Comunità nel promuovere la cooperazione e il coordinamento in questi settori*” (*Idem*, par. 31).

²⁵ Tale concetto riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete, quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione; il termine si estende però anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico (cfr. *Libro Verde*, cit., par. 27).

La distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica è importante in quanto questi ultimi non sono soggetti alle stesse norme del Trattato.²⁶ Nella specie, mentre rimangono rilevanti, a esempio, le disposizioni quali il principio di non discriminazione e i principi di libera circolazione delle persone, diverso rilievo assumono quelli relativi alla concorrenza e alla libertà di stabilimento.

Inoltre, il Libro Verde fa esplicito riferimento al principio di sussidiarietà, affermando che spetta primariamente alle autorità competenti a livello nazionale, regionale e locale definire, organizzare, finanziare e monitorare i servizi di interesse generale. Evidente, quindi, il collegamento tra servizi di interesse generale, funzione assistenziale e di protezione del *welfare* e responsabilità locali.

In una prospettiva armonizzatrice, quindi, le iniziative comunitarie ambiscono a definire una nozione comune di servizio di interesse generale, che si caratterizzi per: *i*) l'universalità, ossia il diritto di ogni cittadino di accedere a servizi considerati essenziali, imponendo l'obbligo alle industrie di fornire un

²⁶ “I servizi di interesse generale di natura non economica e i servizi che non incidono sugli scambi intracomunitari non sono soggetti a norme comunitarie specifiche né alle norme del trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato. Sono tuttavia oggetto delle norme comunitarie che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi intracomunitari, come il principio fondamentale di non discriminazione” (cfr. Libro Verde, cit., par. 32).

servizio definito a condizioni specificate; è un concetto flessibile e dinamico poiché permette di adeguare i requisiti di interesse generale alle mutate richieste della collettività²⁷; ii) continuità, per cui il prestatore del servizio è tenuto a garantire la fornitura dello stesso senza interruzioni, compatibilmente con il diritto di sciopero dei lavoratori e con la necessità di rispettare le norme di legge²⁸; iii) qualità del servizio, assicurata dalla definizione di specifici requisiti di qualità da parte delle autorità pubbliche e sostenuta da misure regolamentari e di co-regolamentazione quali, ad esempio, gli standard europei su base volontaria e lo scambio di buone prassi; iv) accessibilità delle tariffe, con particolare attenzione alle esigenze e alle capacità di gruppi emarginati e vulnerabili, che dovrebbe essere accompagnata da meccanismi di controllo dei prezzi²⁹; v) tutela degli utenti e dei consumatori, cui è riconosciuto il diritto ad una buona qualità del servizio, elevati livelli di protezione sanitaria e di sicurezza fisica dei servizi, la trasparenza (ad esempio, sulle tariffe, sui contratti, sulla scelta e il finanziamento dei fornitori), la scelta del servizio, la scelta del

²⁷ Un servizio fornito “*a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile*” (*Id.*, par. 50).

²⁸ Tenuto, peraltro, presente che “*una fornitura ininterrotta può già rientrare nell'interesse commerciale del fornitore e pertanto può non essere necessario imporre all'operatore un requisito di continuità giuridica*” (*Id.*, par. 55).

²⁹ Significativamente si nota come “*l'applicazione del principio di accessibilità delle tariffe contribuisce alla coesione economica e sociale negli Stati membri*” (*Id.*, par. 60).

fornitore, l'effettiva concorrenza fra i fornitori, l'esistenza di organismi di regolamentazione indipendenti, la disponibilità di meccanismi di ricorso, la rappresentanza e la partecipazione attiva di consumatori ed utenti alla definizione e alla valutazione dei servizi e alla scelta delle modalità di pagamento.³⁰

Anche a livello nazionale, il principio di sussidiarietà, già esplicitato a livello europeo, si fa prepotentemente strada con la riforma del Titolo V della Costituzione, giungendo a rintuzzare il binomio tra servizio pubblico e ente locale.³¹ Il disposto dell'art. 114 Cost, stabilisce che “[l]a Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Provincie, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”, ponendo in tal modo “*il Comune in posizione di primo piano nel perseguimento dei fini della Repubblica*”.³²

Ancora, l'art. 118 Cost. dà rilievo al principio di sussidiarietà verticale delle funzioni amministrative, secondo la

³⁰ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale*, in GU C 17 del 19.1.2001, pag. 4.

³¹ Secondo siffatto principio – si rammenta - lo Stato deve intervenire (sussidiarietà derivando da *subsidium*, inteso quale aiuto) solo quando i singoli e i gruppi che compongono la società non sono in grado di farcela da soli: questo intervento sarà temporaneo e durerà solamente per il tempo necessario a consentire ai corpi sociali di tornare ad essere indipendenti, recuperando le proprie autonome capacità originarie. L'intervento sussidiario della mano pubblica deve comunque essere portato dal livello più vicino al cittadino: quindi in caso di necessità il primo ad agire sarà il Comune. Solo se il Comune non fosse in grado di risolvere il problema deve intervenire la provincia, quindi la regione, lo Stato centrale e infine l'Unione Europea. Questa gradualità di intervento garantisce efficacia ed efficienza, libera lo Stato da un sovraccarico di compiti e consente al cittadino di controllare nel modo più diretto possibile il soggetto pubblico. Cfr. Battista A. *Il principio di sussidiarietà nel diritto italiano e comunitario*, Bologna, 2006.

³² Cons. Stato, parere n. 2415 del 24.5.2010, pag. 10.

ratio di attribuire la cura degli interessi degli amministrati al livello di governo a loro maggiormente prossimo. È il livello più vicino al cittadino, quindi, che assume il ruolo, in prima battuta e primariamente, di soddisfare il suo bisogno.

Sotteso ai richiamati principi di prossimità, appare anche il tentativo di stimolare una certa competizione economica tra sistemi produttivi locali, in cui la relazione amministrazione-servizi-imprese, se virtuosa è fattore di prosperità, nonché oggetto di un (auspicabile) istinto emulativo della realtà locali limitrofi. In tal modo, investimenti e sviluppo, con effetti benefici sul soddisfacimento dei bisogni dei cittadini e, conseguentemente, della loro percezione dell'ente.³³

In tale prospettiva, il ruolo dello Stato appare invero quello di fornire una cornice all'interno della quale gli attori primari – privati ed enti locali – si attivano nel perseguimento di un obiettivo di coesione sociale e territoriale.

Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale, la quale ha limitato le prerogative dello Stato nella materia in esame in base all'art. 117, comma 2, let. g), Cost., che prevede quale “*titolo di legittimazione dell'intervento statale [...], la tutela della concorrenza*”, così limitando la sua potestà

³³ Si pensi alle riflessioni di Tiebout, *A pure theory of local expenditure*, JPE, 1965, pag. 49 e ss, relative al cd. “voto con i piedi”, che sottende una relazione tra voto – espressione di preferenze – e fornitura di servizi pubblici – come utilità per il cittadino.

legislativa “*solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali di ‘rilevanza economica’*”.³⁴

1.4. L’approccio casistico alla nozione

Come sopra evidenziato, tanto la concezione soggettiva, quanto quella oggettiva del servizio pubblico hanno progressivamente delineato i contorni della figura, al punto che la dottrina che si è occupata del tema più di recente ha operato spesso una fusione tra i due aspetti.

In particolare, si è conferita rilevanza sia all’attività dell’ente locale che istituisce il servizio pubblico locale - assumendone la titolarità nell’ambito delle funzioni istituzionali - sia al contenuto dell’attività - che deve essere diretta a realizzare fini sociali.³⁵

Anche se non mancano arresti di senso opposto, i quali danno preminenza alla funzione oggettiva del servizio rilevando come questa sia indispensabile per affermarne la natura pubblica (i.e. rivolta alla collettività),³⁶ la connotazione soggettiva

³⁴ Corte Cost., sent. n. 272/2004.

³⁵ Sul punto, cfr. Si veda Police A., cit. e G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, vol. I, Bologna, 2001, pag. 945 ss.

³⁶ *Contra*, sentenza del Tar Liguria del 28 aprile 2005, n. 527 e del Tar Lombardia del 26 novembre 2008, n. 1689 nelle quali si afferma che, invece, la nozione ad oggi prevalente sia quella oggettiva.

costituisce un altrettanto essenziale aspetto del servizio, svelando il momento della scelta effettuata dalla pubblica amministrazione in merito alla necessità del servizio al perseguimento delle esigenze dei cittadini; in altre parole, si tratta del momento di investitura della titolarità dello stesso da parte dell'ente pubblico.³⁷

Muovendosi in tale direzione – e difettando un univoco disposto normativo³⁸ - la giurisprudenza amministrativa ha dovuto analizzare, caso per caso, le attività sottoposte al suo vaglio, al fine di valutare la loro riconducibilità alla categoria di servizio pubblico. A tal fine, è possibile individuare due principali indirizzi interpretativi.

Una prima impostazione, aderendo al contenuto complesso del menzionato art. 112 TUEL, ha tentato di valorizzare la presenza di *“attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico,*

³⁷ Si ricorda che l'art. 42 del Testo Unico n. 267/2000 prevede, tra i compiti fondamentali dei Consigli comunali e provinciali, rientri proprio l'“*organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione*” (lett. e)).

³⁸ Infatti, il T.U. n. 267/2000 pur introducendo una disciplina del servizio pubblico locale, dona pochi elementi per una sua individuazione, prevedendo all'art. 112 che *“Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico".³⁹

L'impostazione dona quindi risalto alla decisione dell'ente locale di assumere il servizio al fine di soddisfare in modo continuativo le esigenze della collettività di riferimento. In tal modo, il servizio è qualificabile come pubblico se *i)* è un intervento individuato dall'ente locale e *ii)* è un'attività svolta a livello locale per perseguire "*scopi sociali*".

Con riferimento al profilo del soggetto beneficiario del servizio, è stato ulteriormente specificato che sono servizi pubblici "*indifferentemente [...] quelli di cui i cittadini usufruiscono uti singuli_e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali*".⁴⁰ La necessità di una simile precisazione risiede nell'impossibilità – anche pratica - di distinguere l'ente dalla collettività, in tutti quei

³⁹ Consiglio di Stato, 3 dicembre 2006, n. 7369, enfasi aggiunta (la fattispecie all'esame dei giudici conferma la decisione del Comune di Genova di qualificare come servizi pubblici locali le attività di illuminazione e manutenzione delle strade, di manutenzione del verde pubblico. In senso analogo, Consiglio di Stato, 15 gennaio 2008, 36 (sempre in tema di gestione e manutenzione delle strade pubbliche) e Tar Campania, 19 marzo 2008, n. 2533 (in riferimento all'attività di manutenzione del patrimonio immobiliare del Comune ed evidenziando come "*patrimonio [...] è di diretta fruizione pubblica, quali la rete stradale e quella acquedottistica*").

⁴⁰ Consiglio di Stato, sentenza del 22 dicembre 2005, n. 7345.

casi in cui vi sia una stretta commistione tra i due soggetti, entrambi direttamente raggiunti dal servizio. Ad esempio, nel caso del servizio di riscaldamento degli edifici comunali, *“è evidente, infatti, che l’utenza del servizio in questione non va individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali”*.⁴¹

Ancora, con riferimento alle modalità di affidamento, ovvero alla gratuità o meno del servizio, si è ribadita la completa irrilevanza delle modalità e delle condizioni economiche di espletamento. Nella specie, in tema di illuminazione stradale, è pacifica la sua qualificazione come *“servizio pubblico locale, a nulla rilevando che la scelta del contraente sia avvenuta col sistema dell’affidamento diretto”*, in quanto, *“ai sensi dell’art. 112 del T.U. 18 agosto 2000, sono indifferentemente servizi pubblici locali tutti quelli di cui i cittadini usufruiscano uti singuli e come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali, con la precisazione che essere o no subordinato al pagamento di un corrispettivo dipende*

⁴¹ *Id.*, il quale ritiene che, oltre il servizio di “gestione calore”, anche il servizio di pulizia e gestione della proprietà immobiliare comunale costituisce servizio pubblico (nello stesso senso anche TAR Marche, 16 maggio 2007, n. 370). Con riferimento al servizio di illuminazione, la sentenza del Consiglio di Stato del 16 dicembre 2004 n. 8090 lo ha qualificato come servizio pubblico locale, in ragione della diretta rispondenza alle finalità sociali dell’ente.

dalle caratteristiche tecniche del servizio e dalla volontà “politica” dell’Ente, ma non incide sulla sua qualifica giuridica”.⁴²

Le pronunce ora esaminate evidenziano come, muovendo dal dato organizzativo contenuto nell’art. 112 TUEL, si giunge ad una *“sostanziale ampiezza del concetto di servizio pubblico locale, che non preesiste alla decisione di assunzione dell’ente locale, ma viene definito dall’amministrazione territoriale”*, in piena autonomia e *“in relazione”* agli obiettivi di sviluppo sociale ed economico della collettività interessata.⁴³

Una seconda impostazione, emersa in giurisprudenza e dottrina, ha rilevato la necessità di restringere la nozione di servizio pubblico, al fine di contenere l’espansione di fenomeni di cattiva amministrazione, spreco di risorse pubbliche e, specialmente, di perturbazione dell’assetto concorrenziale del mercato.⁴⁴

⁴² Consiglio di Stato, sentenza 9 giugno 2008, n. 2865, enfasi aggiunta; cfr. anche Consiglio di Stato, 16 dicembre 2004, n. 8090.

⁴³ Consiglio di Stato, sentenza 30 aprile 2002, n. 2294, che con riferimento ai servizi di igiene, osserva che *“l’oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz’altro alla figura dell’affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato “appaltatore” sono rivolte non già a vantaggio dell’amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni.”*

⁴⁴ Tra gli interventi legislativi che hanno posto l’accento su tale tendenza, si veda l’art. 113 del TUEL che differenzia le modalità di gestione tra servizi pubblici locali con e senza rilevanza economica (vedi *infra*), nonché l’art. 13 del decreto legge n. 223/2006, convertito con legge n. 248/2006, il quale limita l’ambito di attività delle società partecipate dagli enti locali - che

A tale orientamento deve ricondursi l'attenta distinzione tra attività strumentali all'ente locale (da affidare necessariamente mediante appalto di servizi) e attività di servizio pubblico. Si è così affermato che *“un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l'attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività, esulando dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio (Cass. Civ., Sez. Un., 3.8.2006, n. 17573)”*.⁴⁵

All'uopo si è valorizzata la circostanza per cui il destinatario diretto del servizio non è tanto la comunità su cui l'ente locale governa, quanto piuttosto l'ente medesimo, che ne usufruisce al pari di un qualsiasi altro soggetto. Adottando una soluzione diversa da quella vista *supra*, il servizio di riscaldamento degli edifici comunali, giacché erogato a beneficio

svolgono attività strumentali per l'ente. Sulla tematica, vedi, *amplius*, Gallucci, *Servizi Pubblici Locali* in Enciclopedia Giuridica, vol. XXVIII; Piperita, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2007.

⁴⁵ TAR Reggio Calabria, 24 ottobre 2007, n. 1076, enfasi aggiunta, relativa al servizio di gestione della seggiovia, il quale è da ritenersi servizio pubblico poiché diretto in via immediata a soddisfare esigenze della collettività. Al contrario, TAR Reggio Calabria, 12 febbraio 2004, n. 141, considera strumentale – e destinata alla disciplina degli appalti pubblici di servizi - il servizio di riscossione dell'imposta comunale sugli immobili (nello stesso senso, per il servizio di acquisizione di mappe catastali in formato misto, vedi TAR Lazio, 5 giugno 2007, n. 5192, per cui si tratta di attività strumentale all'attività di rilevanza tributaria del Comune, e TAR Lombardia, 25 agosto 2003, n. 1189, che risolvendo diversamente a quanto visto sopra la questione relativa al servizio di gestione calore, la considera diretta unicamente all'ente locale).

del Comune e non della collettività, non può essere qualificato come servizio pubblico, difettando quell'indispensabile "connotazione sociale" che invece deve sussistere. Al contrario, si tratterebbe di una mera "prestazione economica", svolta, nel caso di specie, nei confronti di un soggetto pubblico, per soddisfare un suo specifico e individuale bisogno.⁴⁶

L'impostazione in esame, dunque, mostra di riferirsi al criterio del beneficiario del servizio come criterio per distinguere i servizi pubblici locali da altre forme di intervento dell'ente sul mercato, a fini di approvvigionamento, e non riconosce la qualifica di servizio pubblico locale a quelle attività economiche non direttamente finalizzate a soddisfare un bisogno della collettività, bensì un'esigenza dell'ente locale stesso. In tal modo, richiamando la consueta distinzione tra concessioni di pubblici servizi e appalti pubblici di servizi⁴⁷, attività quali la gestione

⁴⁶ Consiglio di Stato, sentenza 10 marzo 2003, n. 1289, che rileva nel caso di specie come "non solo la natura oggettiva del servizio – approvvigionamento di gasolio e manutenzione degli impianti di esercizio per gli immobili comunali – non costituisce una produzione di beni o attività rivolti ai fini sociali e di promozione economica (secondo la tassativa enucleazione della richiamata norma), ma al contrario di quanto stabilito dalla norma medesima, il servizio non viene svolto dal Comune a favore della collettività, ma viene erogato in senso inverso, cioè a favore del Comune."

⁴⁷ *Ex multis*, cfr. TAR Sicilia, Catania, 12 marzo 2007, n. 461, secondo cui: "In sintesi, con l'appalto di servizio l'ente pubblico si procura una utilità diretta e ne paga il relativo costo; con la concessione, invece, esso trasla su soggetti terzi (piuttosto che fornirlo in prima persona) la gestione di un servizio, destinato a favore di una platea più o meno ampia di utenti, e consente al gestore di ricavarne un utile attraverso la percezione del corrispettivo pagato dai fruitori". In diritto comunitario, assume rilievo l'elemento del rischio di gestione, che contraddistingue la concessione rispetto all'appalto ("D'altra parte, dalla giurisprudenza della Corte emerge che si è

‘calore’ degli edifici comunali,⁴⁸ la custodia, pulizia, giardinaggio, manutenzione del cimitero,⁴⁹ non sono state considerate quali pubblici servizi locali, poiché svolte in favore del solo ente locale; ciò al contrario delle attività di gestione dei rifiuti e illuminazione votiva cimiteriale.⁵⁰

Significativo, inoltre il rilievo dato all’esistenza di una disciplina settoriale del servizio, la quale è indicazione indiretta del perseguimento di finalità sociali. Ciò è stato, ad esempio, affermato in relazione al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani, per cui *“assume rilievo decisivo non già la possibilità di considerarle “di pertinenza” dell’amministrazione pubblica, bensì il fatto del loro assoggettamento ad una disciplina settoriale che assicura costantemente il conseguimento dei fini sociali: questi ultimi, pertanto, costituiscono la ragione dell’applicazione all’attività stessa di un regime giuridico tutto peculiare”*.⁵¹

Pertanto, considerando, da un parte, l’esistenza di obblighi tali da conformare il servizio secondo i *“canoni di continuità, regolarità,*

in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest’ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione”; v. Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, Racc. 2000. pag. I-10745, punto 58).

⁴⁸ Consiglio di Stato, sentenza 10 marzo 2003, n. 1289.

⁴⁹ TAR Valle d’Aosta, sentenza 16 luglio 2003, n. 180.

⁵⁰ TAR Lombardia, sentenza 26 novembre 2008, n. 1689; TAR Sicilia, sentenza 12 marzo 2007, n. 461.

⁵¹ TAR Lombardia n. 1689/2008, cit.

capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica” e, dall’altra, la “idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti”, il giudice amministrativo individua “i fattori distintivi” del pubblico servizio.⁵²

La stessa impostazione, se applicata ad un servizio che coinvolge “*indirettamente*” e “*immediatamente*” la collettività in maniera indifferenziata (ad es., l’illuminazione votiva dei cimiteri), conduce alla sua inclusione nell’alveo dei servizi pubblici, poiché in questo caso emergono i seguenti fattori, considerati dirimenti: i) “*l’assunzione del rischio legato alla gestione del servizio quale modalità di remunerazione dell’attività del prestatore*”, in presenza del quale è irrilevante tanto l’indivisibilità del servizio, quanto le modalità di remunerazione (a carico dell’amministrazione, ovvero degli utenti); ii) la circostanza per cui l’amministrazione “*percepisce un canone da parte del concessionario*” del servizio pubblico; iii) “*l’oggetto del rapporto*”, il quale è “*trilaterale (coinvolgendo l’amministrazione,*

⁵² *Id.*, il quale conclude distinguendo “*il servizio pubblico con l’appalto pubblico di servizi, nel quale è la pubblica amministrazione che si “procura” il servizio: si tratta in altre parole di attività strumentali all’erogazione del servizio pubblico (pensiamo ad esempio al servizio di gestione calore degli edifici comunali e scolastici, al servizio di tesoreria reso a favore dell’Ente locale) e che tuttavia non possono identificarsi con il medesimo. In definitiva, nel primo caso la prestazione viene erogata direttamente all’utente, nel secondo si sviluppa un moto opposto poiché è l’Ente il primo beneficiario dell’attività economica svolta*”.

il gestore e gli utenti), mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante - appaltatore)”.⁵³

Come visto, il criterio della strumentalità, come opposto al diretto soddisfacimento del bene comune, permette - in base alla individuazione del destinatario dei beni e/o dei servizi - di qualificare come servizi pubblici locali le sole attività che sono, di volta in volta, individuate dall'ente locale quali attività necessarie per lo sviluppo della propria comunità e che sono rivolte direttamente ai cittadini.⁵⁴ Viceversa, una prestazione erogata direttamente alla pubblica amministrazione in via principale esula da tale nozione, essendo i cittadini riguardati in maniera marginale.⁵⁵

Il limite di tale impostazione risiede, come è evidente, nella circostanza per cui le attività svolte a favore dell'ente locale potrebbero essere connotate da una forte valenza sociale, sicché partecipano tanto di una natura strumentale, quanto di quella funzionale al bisogno della collettività.

⁵³ Consiglio di Stato, sentenza 5 dicembre 2008, n. 6049.

⁵⁴ Si pensi ad esempio al caso dei servizi di *car sharing* o di connessione ad *internet* di un ente locale caratterizzato dalla presenza di un *digital divide* o ancora alla gestione di un parcheggio pubblico. In base alla posizione appena richiamata, infatti, potrebbero essere considerati quali servizi pubblici locali.

⁵⁵ Come visto, ad esempio, la gestione 'calore' degli edifici comunali, i servizi di riscossione dei tributi, i servizi di pulizia e manutenzione degli uffici comunali.

1.5. Servizi pubblici locali “*tradizionali*” e “*a rilevanza economica*”

Tra le varie attività che l’ente locale decide di assumere a vantaggio della propria collettività di riferimento e che, alla stregua delle impostazioni sopra ricordate, sono classificati come servizi pubblici locali, vi sono un gruppo di servizi che, in ragione delle proprie caratteristiche e, soprattutto, per la consolidata disciplina settoriale che li interessa sono definiti come servizi tradizionalmente pubblici.

Si tratta, nella specie, del servizio idrico integrato, del trasporto pubblico locale, della raccolta dei rifiuti solidi urbani, nonché delle attività di distribuzione di energia elettrica e di gas.⁵⁶

In particolare, quanto al servizio idrico, la normativa di riferimento affida agli enti locali (Comuni e Province) la responsabilità dell’organizzazione e della gestione del servizio (art. 142, commi 2 e 3, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152⁵⁷).

⁵⁶ Cfr., inoltre, il *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, cit., par. 32, il quale rileva l’esistenza di alcuni settori industriali che rivestono una particolare importanza per l’Unione europea e sono caratterizzati da una struttura a rete, quali “*telecomunicazioni, dei servizi postali, dell’elettricità, dei gas e dei trasporti in cui possono essere forniti servizi di interesse economico generale. Contemporaneamente, la Comunità ha elaborato un quadro regolamentare complessivo per questi servizi che specifica gli obblighi di servizio pubblico a livello europeo e include aspetti quali il servizio universale, i diritti dei consumatori e degli utenti, la sanità e la sicurezza.*”

⁵⁷ Secondo il quale “*Le regioni esercitano le funzioni e i compiti ad esse spettanti nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate e nel rispetto delle attribuzioni statali [...], ed in particolare provvedono a disciplinare il governo del rispettivo territorio.*”

Significativo, inoltre, che tale servizio ricada nell'ambito di quei "settori esclusi", ai quali non si applicano le tradizionali modalità di affidamento previste dalla normativa.⁵⁸

Del pari, con riferimento alla raccolta dei rifiuti solidi urbani, resta pacifica la loro classificazione alla stregua di un servizio pubblico locale, come è desumibile direttamente dalla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 152/2006, il quale ha riconosciuto alle Autorità d'Ambito specifiche responsabilità organizzative, unitamente al Comune, il quale dovrà svolgere compiti relativi alla regolamentazione degli aspetti essenziali dello svolgimento del servizio.

Quanto al trasporto pubblico locale, anche quest'ultimo è ricompreso tra i servizi pubblici tradizionali. In particolare, la normativa di settore⁵⁹ attribuisce alle amministrazioni locali specifiche funzioni di pianificazione e regolazione di tali servizi.

Quindi, in relazione all'energia elettrica ed al gas, tali settori godono da tempo di un regime particolare, che li sottrae all'applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici.⁶⁰

⁵⁸ Infatti, l'art. 23-bis d.l. 112/2008 detta previsioni *ad hoc* per tale tipologia di servizi. Vedi *infra*, par. I.7.

⁵⁹ Si tratta, nella specie - e prima dell'entrata in vigore dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 - della disciplina di cui al d.lgs. n. 422/1997, speciale per i servizi di trasporto in considerazione del fatto che questi erano stati esclusi dall'applicazione della disciplina generale dei servizi pubblici locali di cui all'art. 113 del TUEL.

⁶⁰ L'art. 23-bis, infatti, li esclude dalla disciplina generale, rinviando alle disposizioni di legge che li riguardano (i.e. il d.lgs. 164/00 e l'art. 46-bis d.l.

Discipline settoriali, infine, esistono in relazione ad altri specifici servizi, quali il servizio di trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali.⁶¹

Oltre ai servizi pubblici “tradizionali” appena descritti – ovvero “speciali”, in ragione delle norme settoriali applicabili -, le disposizioni legislative rilevanti in tema di servizi pubblici hanno fatto generalmente riferimento ad un'altra categoria di attività, indicate come “servizi pubblici locali di rilevanza economica”.⁶²

La nozione di “rilevanza economica” viene generalmente ricondotta ai criteri contenuti nell'art. 2082 c.c. ai sensi del quale è imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi, laddove l'economicità non implica necessariamente

159/07 per il gas; il d.lgs. n. 79/1999 e la legge n. 239/204, per l'energia elettrica). Peraltro, con riferimento all'affidamento delle concessioni nel settore del gas, dovrebbe essere varato a breve lo schema di decreto legislativo recante misure per la maggior concorrenzialità nel mercato del gas naturale ed il trasferimento dei benefici risultanti ai clienti finali, ai sensi dell'art. 30, commi 6 e 7, della legge 23 luglio 2009, n. 99, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 23 aprile 2010.

⁶¹ Contenute, rispettivamente, nel d.lgs. n. 422/1997 e nella legge n. 475/1968.

⁶² Tale termine è utilizzato attualmente negli artt. 113 TUEL e 23-bis d.l. n. 112/2008 e definisce l'ambito applicativo delle discipline ivi contenute. Si ricorda, inoltre, che nella loro formulazione originale (ante d.lgs. n. 269/2003), gli artt. 113 e 113 *bis* TUEL si riferivano alla ‘rilevanza industriale’ del servizio. La Commissione ha sottolineato l'ambiguità della nozione di ‘rilevanza industriale’, in ragione del fatto che la medesima non includeva tutte le attività economiche di prestazioni di beni e di servizi e, pertanto, sottraeva un gran numero di attività dall'applicazione delle regole di procedure di gara. Pertanto, nel 2003, si è proceduto a modificare la formulazione e ad introdurre il riferimento alla semplice “rilevanza economica” (lettera della Commissione europea, del 26 giugno 2002, n. C(2002)2329, di Costituzione in mora del Governo italiano).

la finalità lucrativa, ma la copertura dei costi mediante i ricavi che derivano dall'attività.

Utile potrebbe essere l'accostamento di tale nozione con quella di "*interesse economico*", contenuta nei testi comunitari di riferimento. In particolare, la Commissione mostra di intendere in maniera ampia tale concetto, indicando come "*ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica*" e, in particolare, notando che la tipologia di servizi che possono essere offerti su un dato mercato, è "*soggetta all'evoluzione tecnologica, economica e sociale e si è ampliata nel tempo*". Ciò assume rilevanza anche in punto di distinzione tra attività economiche e non economiche, la quale assume quindi un carattere mobile.⁶³

Coerentemente, la giurisprudenza amministrativa ha osservato che la rilevanza economica di un dato servizio deve collegarsi all'astratta capacità ad essere remunerativo, ossia dotato di potenziale redditività, ciò a prescindere dal contesto in cui concretamente lo stesso è svolto e che potrebbe anche prevedere forme di gratuità o altre compensazioni. Pertanto, l'eventualità che

⁶³ Commissione europea, *Libro verde*, cit. parr. 44-46, richiamando quanto stabilito da Corte di giustizia, cause riunite C-180-184/98, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, 2000, ECR I-6451.

altri operatori presenti sul mercato potrebbero offrire tale servizio è un indice importante della sua rilevanza economica.⁶⁴

Nei casi analizzati, si è pertanto proceduto a porre in evidenza la circostanza per cui l'espletamento del servizio comporta una rilevante componente economica, che garantisce non solo (e non tanto) la copertura delle spese, ma anche un possibile utile di gestione, dato che implica una "rilevanza" di mercato dell'attività in questione.⁶⁵ In tal senso si è deciso che alcuni servizi pubblici, quali servizi di natura sociale e di

⁶⁴ Al riguardo, vedi TAR Sardegna, sentenza 2 agosto 2005, n. 1729; Consiglio di Stato, sentenze 30 agosto 2006, n. 5072 e 25 novembre 2008, n. 5781, in relazione ai servizi, ritenuti di rilevanza economica, di seguito elencati: gestione delle comunità alloggio per minori, della mensa sociale, di assistenza domiciliare di persone anziane/svantaggiate, gestione del centro di aggregazione per gli anziani. Analogamente, possono invece ritenersi privi di rilevanza economica quei servizi che, per loro natura, non danno luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) (TAR Liguria, sentenza 28 aprile 2005, n. 527).

⁶⁵ Come sottolineato da Caia G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, disponibile alla pagina internet: <http://www.giustizia-amministrativa.it>. L'autore afferma infatti che "considerando che gli operatori dei servizi sociali, possono essere tanto soggetti con finalità lucrative quanto organizzazioni no-profit, si può ricordare che - per ricostruire il carattere del rapporto con l'ente locale - non è necessaria la sussistenza di una finalità economica da parte del soggetto che esegue le prestazioni: è sufficiente (come è sufficiente per ravvisare un'impresa nel senso di cui all'art. 2082 Cod. civ.) che l'attività di produzione di beni o servizi si configuri come tale da remunerare i fattori della produzione impiegati. Il concetto è chiaro in una sentenza del TAR Toscana, sez. II, 11 marzo 1998, n. 251 [in Trib. amm. reg., 1998, I, pag. 1945]: la nozione di impresa non attiene al soggetto bensì alla <<specifica attività concretamente svolta secondo i parametri oggettivi indicati negli artt. 2082 e 2195 del c.c.>> e pertanto anche un ente morale senza scopo di lucro può esercitare un'impresa perché il <<fine di lucro è implicito in ogni attività economica nel senso che ogni attività economica, per essere proficua, deve necessariamente non essere esercitata in perdita>> [cfr. anche TAR Lazio, sez. III bis, 29 maggio 1998, n. 1239, in Trib. amm. reg., 1998, I, pag. 2333 (massima)]".

illuminazione votiva dei cimiteri⁶⁶, ben possono ritenersi attività a rilevanza economica, proprio in ragione “[de]ll’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività”.⁶⁷

Inoltre, adeguata rilevanza è stata conferita non solo alla natura del servizio svolto, ma anche alla “considerazione globale dell’attività posta in essere dalla società affidataria”. Infatti, nel caso in cui, accanto ad attività di rilevanza sociale, l’ente o la società svolgano anche – e in maniera consistente – attività economiche e le une e le altre contribuiscono al bilancio dell’ente, si deve concludere accertando “il carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti”.⁶⁸

⁶⁶ Sentenza Consiglio di Stato, 30 agosto 2006, n. 5072 in relazione ai seguenti servizi: il centro educativo diurno per minori, la mensa sociale, l’assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, la consegna di pasti caldi a domicilio, nonché la gestione del centro di aggregazione per anziani.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sentenza 5 dicembre 2008, n. 6049.

⁶⁸ Consiglio di Stato n. 5072/2006: “la valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non può andare disgiunta da una considerazione globale dell’attività posta in essere dalla società affidataria. Se un soggetto societario è stato costituito, come nella specie, per svolgere, accanto ad attività di significativa rilevanza sociale, anche e soprattutto attività di preminente rilevanza economica (servizi relativi ai porti turistici, servizi relativi ad aree archeologiche ecc., compresi agenzie, bar, ristoranti, negozi di interesse turistico, servizi relativi a parcheggi pubblici, servizi connessi a impianti sportivi ivi comprese eventuali strutture ricettive, servizi di trasporto pubblico scolastico, turistico, di disabili, servizi di pulizia presso stabili, uffici etc.), nonché operazioni - ancorché accessorie - finanziarie e immobiliari, anche a mezzo di strumenti derivati (come la concessione di fidejussioni, avalli, cauzioni, garanzie anche a favore di terzi, “nonché assumere solo a scopo stabile investimento e non di collocamento, partecipazioni in società italiane ed estere aventi oggetto analogo o affine”),

Al contrario, nessuna rilevanza è riconosciuta alle concrete modalità di espletamento del servizio. Ci si riferisce, in particolare, alle caratteristiche economiche-organizzative del servizio pubblico: la circostanza di essere reso a favore di soggetti ‘deboli’ della collettività, senza oneri diretti a carico degli assistiti, non costituisce indice necessario dell’assenza della rilevanza economica del servizio *“in quanto, altrimenti, qualsiasi tipologia di servizio reso gratuitamente a favore della collettività a cagione di scelte di opportunità di volta in volta operate dall’amministrazione potrebbe essere riguardato quale servizio privo di rilevanza economica”*.⁶⁹

In estrema sintesi, sembra possibile sostenere che l’erogazione di un servizio a favore dei cittadini acquista rilievo economico laddove l’ente possa affidare a soggetti terzi l’espletamento di tale servizio e nel mercato operino altri soggetti, potenzialmente idonei a svolgerlo a fronte di una

deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all’interesse economico globalmente perseguito a livello societario; la struttura societaria, infatti, è, nella specie, unitaria e profitti e perdite concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari; per cui eventuali aspetti deficitari relativi ad una singolo servizio ritenuto astrattamente privo di rilevanza economica ben possono e debbono essere corretti dagli aspetti compensativi legati all’espletamento di servizi dotati di rilevanza economica. In altre parole, allorché, come nella specie, venga costituito un soggetto societario unitario chiamato a svolgere, indifferentemente, sia servizi dotati di rilevanza economica, sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi, deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto societario stesso e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti”.

⁶⁹ Consiglio di Stato, sentenza n. 5072/2006, cit.

copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale.⁷⁰

Inoltre, con riferimento alla disciplina dei servizi pubblici “*privi di rilevanza economica*” - si pensi all'istruzione e ai servizi sociali -, la Corte Costituzionale ha affermato la competenza regionale, abrogando la relativa normativa di fonte statale.⁷¹ Nella specie, il giudice delle leggi ha indicato come le esigenze di “*tutela della concorrenza*”, di cui all’art. 117 Cost. siano idonee a fondare la competenza legislativa statale in tema di disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non è allo stesso modo invocabile per la disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in quanto “*in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale*”.⁷²

Infine, si deve precisare come attualmente la disciplina applicabile ai servizi “*di rilevanza economica*” – e contenuta nell’art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, su cui *infra* par. I.7 - rappresenti una normativa di tipo generale, che “*si applica a tutti i servizi pubblici locali*” e, in linea di principio, è applicabile anche ai

⁷⁰ Cfr. Giulietti W., *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in *I Servizi Pubblici Locali*, cit., pag. 83 ss..

⁷¹ Si ricorda in relazione a tali servizi che l’art. 113 *bis* del Testo Unico n. 267/2000 è stato dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004, per violazione dell’art. 117 Cost: la disciplina e le forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica non possono essere contenute in una legge dello Stato, ma devono essere lasciate alla potestà legislativa regionale.

⁷² Corte Costituzionale, sentenza n. 272/2004, cit.

servizi “*tradizionali*” sopra esaminati, nella misura in cui risulti compatibile con le norme speciali che li riguardano.⁷³

Con riferimento a questi ultimi, tuttavia, rimane ferma l’esigenza di procedere ad una futura armonizzazione delle discipline settoriali, le quali dovranno progressivamente convergere verso un’unica normativa di riferimento.⁷⁴ Al riguardo, è significativo che il comma 10 lett. d), art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, conferisca ai regolamenti governativi il compito di “*armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l’affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua*”.

1.6. L’affidamento del servizio pubblico locale: l’evoluzione normativa prima dell’art. 23-*bis* D.L. n. 112/2008

⁷³ Come stabilisce l’art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008, le norme contenute “*si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*”. Allo stesso tempo, “*sono fatte salve*” le disposizioni dei servizi “*tradizionali*”, esaminati *supra* e, nello specifico dei servizi relativi al settore idrico, gas, energia, farmacie comunali e trasporto regionale ferroviario.

⁷⁴ Questo è l’auspicio espresso a tal fine dalla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture che ribadisce “*la necessità di vagliare tali normative alla luce dei principi generali introdotti dalla riforma e, laddove necessario, intervenire con le opportune modifiche legislative al fine di pervenire ad un grado apprezzabile di armonizzazione*” (segnalazione al Governo e al Parlamento del 3.6.2010 “*Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”).

Sebbene il profilo definitorio della nozione di servizio pubblico abbia interessato e interessi tutt'oggi gli interpreti, un aspetto altrettanto importante della tematica riguarda le forme più propriamente organizzative del servizio. Infatti, con riferimento ai modelli gestionali del servizio, si è da ultimo registrata una “*fase di fibrillazione*”, caratterizzata da incessanti modifiche legislative e interventi interpretativi, tanto nazionali quanto sovranazionali, che hanno reso la materia dell'affidamento particolarmente dibattuta.⁷⁵

Prima di intraprendere un breve *excursus* normativo delle discipline succedutesi nel tempo, giova rilevare come queste siano state caratterizzate nel tempo da un'incompletezza e complessità, tali da giustificare l'impressione che il cammino verso la liberalizzazione fosse in realtà circondato da una profonda diffidenza verso la struttura di mercato.⁷⁶

1.6.1. *Le origini: la municipalizzazione dei servizi pubblici*

⁷⁵ Cfr. Arnaudo L., *op. cit.*, pag. 360.

⁷⁶ In tal senso, Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 2009, pag. 1, il quale si riferisce ad una “*malcelata diffidenza*”. Cfr. sul punto, anche Dugato, *Servizi pubblici locali*, in Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 2583; Ammannati, Di Porto, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, Milano 2003, pag. 57 ss.; Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano 2008, 315 e ss.

Con la legge n. 103 del 29.3.1903 (legge Giolitti) – successivamente confluita nel T.U. n. 2578/1925 -, iniziava la cd. “municipalizzazione” dei servizi pubblici in Italia.⁷⁷

Tale impianto normativo originario lasciava, difatti, ampia discrezionalità all’Ente Locale nella scelta degli strumenti per realizzare la gestione diretta dei servizi pubblici, prevedendo una serie piuttosto ampia di moduli organizzativi, spaziando dall’azienda speciale, alla gestione diretta in economia ed alla concessione a terzi.

In particolare, l’intenzione del legislatore dell’epoca fu quella di affrontare il tema dell’erogazione di quei servizi necessari ai bisogni della collettività locale e, in quanto tali, prevedere il loro affidamento al Comune. La scelta era, pertanto, quella di un rifiuto del mercato e del conseguente ripiego sull’ente pubblico di riferimento, ritenuto una sorta di tutore naturale degli interessi dei cittadini.

In tale logica, il ruolo imprenditoriale del privato usciva mortificato e ridotto dalla perfetta coincidenza tra funzioni pubbliche e servizi pubblici.

Con riferimento alle forme gestionali attraverso le quali i Comuni avrebbero potuto gestire i servizi di pubblica utilità,

⁷⁷ Vedi sul punto, Massaro, *L’apertura alla concorrenza dei servizi a rilevanza industriale*, in Travi (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 124 e ss.

questi sono riconducibili essenzialmente alle forme dell'azienda speciale, in alternativa alla gestione "in economia".

L'azienda speciale si fonda su un'organizzazione dotata di autonomia amministrativa e contabile, dotata della necessaria capacità di agire (al fine di compiere i negozi giuridici strumentali al servizio svolto), ma non munita di personalità giuridica. Dal punto di vista gestionale, l'azienda speciale era formata da una commissione amministratrice, nominata dal Consiglio comunale, cui spettava la deliberazione dei piani, dei bilanci dei conti consuntivi e di tutti gli atti concernenti l'ordinamento e il funzionamento dell'azienda. Con l'azienda speciale, in altre parole, l'ente locale assume la gestione del servizio in posizione di monopolista.

Inoltre, era prevista la possibilità di ricorrere al mercato. Infatti, l'art. 26 della legge n. 103 prevedeva anche la possibilità di concessione del servizio ad un gestore privato, individuato attraverso trattativa privata.

La legge 103 enumera inoltre quali servizi sono definiti di "interesse comune". Si tratta, nella specie, della costituzione di acquedotti e distribuzione di acqua potabile, l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica e privata, la costruzione di fognature, la costruzione e l'esercizio di reti telefoniche, la costruzione e l'esercizio di tramvie, l'impianto e l'esercizio di

farmacie, la nettezza pubblica e gli sgombri di immondizie dalle case, i trasporti funebri, la produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e la costruzione degli impianti relativi.⁷⁸

Tale normativa – e il fenomeno di municipalizzazione che essa ha comportato – risponde alla necessità, per le costituenti comunità locali, di offrire un servizio pubblico omogeneo nelle diverse aree geografiche del Paese, unitamente al progressivo ammodernamento degli impianti produttivi che caratterizzava la realtà socio-economica a cavallo dei due secoli. In tale scenario, si postulava la certa inadeguatezza del settore privato ad assicurare i servizi pubblici richiesti. Inoltre, la presenza di monopoli naturali rappresentava per l'ente una fonte di cospicui introiti, ragione ulteriore per procedere ad un'internalizzazione del servizio.⁷⁹

Le aziende municipalizzate così create incontrano tuttavia rilevanti limiti alla loro azione, in ragione specialmente dell'assenza di ogni personalità giuridica e del controllo diretto esercitato nei loro confronti dall'ente locale (che generalmente si traduce in un controllo sugli organi di governo mediante forme di approvazione preventiva delle delibere aziendali).

⁷⁸ Vedi Liguori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, pag. 76.

⁷⁹ Sul punto, cfr. Migale L., *I servizi pubblici locali: esternalizzazioni, contratti e controllo*, Torino, 2004, pag. 32.

In tal modo, l'azienda – fusione degli assetti proprietari e di gestione del servizio – rimaneva estranea a esigenze di economicità e efficienza della gestione, che invece caratterizzavano le aziende private. Inoltre, tali forme di gestione erano raramente assunte da consorzi e riguardavano essenzialmente un unico servizio pubblico.

Ad un livello diverso si poneva lo Stato, il quale si concentrava ad un livello di governo superiore, caratterizzato da economie di scala che sfuggivano al livello locale. Ciò in particolare riguarda le reti infrastrutturali estese a tutto il territorio nazionale, quali il servizio telefonico, energia elettrica, servizio ferroviario.⁸⁰

In maniera pressoché inevitabile, la forma di gestione municipalizzata ha comportato delle rilevanti conseguenze negative in termini di qualità dei servizi offerti, nonché sui disavanzi delle aziende municipalizzate, che passarono, in termini reali, dai 3,5 miliardi di lire del 1960, agli 800 miliardi nel 1975, fino ai 1800 del 1980.⁸¹

Fu a partire dagli anni '80 del secolo scorso che, gradualmente, si introdusse una serie di elementi volti ad eliminare queste distorsioni, come, ad esempio, l'adozione di

⁸⁰ Ferri M., Baldazzi P., *I servizi pubblici locali*, Maggioli, Rimini, 2000.

⁸¹ Spadoni, *I servizi pubblici. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, disponibile alla pagina web: www.dirittodeiservizipubblici.it, 2/2003.

forme di contabilità economica, sul modello delle imprese private, nonché l'introduzione del cd. Piano Programma, strumento deputato a *“delinea[re] esplicitamente il sistema di rapporti tra Enti locali e aziende ispirato al principio del confronto tra la pianificazione dell'Ente locale – che definisce il quadro di compatibilità economico-finanziarie agli obiettivi socio-politici – e la pianificazione aziendale tesa a delineare il recupero di efficienza, il trend dei costi e i piani di investimento, nel rispetto delle contabilità definite dall'Ente locale”*.⁸²

1.6.2. Gli interventi degli anni '90.

Con tali interventi si è agito, in via principale, a correzione di quegli assetti normativi che ingessavano la gestione del servizio pubblico, nella speranza di poter recuperare agilità e efficienza allo stesso tempo.

Un primo intervento in tale direzione è rappresentato dalla legge n. 142/1990. Si tratta invero di una riforma sostanziale, che investe complessivamente la struttura degli enti locali, offrendo una definizione di servizio pubblico locale - ancora oggi utilizzata -, e stabilisce nuove forme di gestione del servizio pubblico.

⁸² Migale L., *I servizi pubblici locali: esternalizzazioni, contratti e controllo*, Torino, 2004, pag. 89.

La legge nasce in un contesto particolarmente fertile per un ripensamento delle forme di gestione dei servizi pubblici locali in senso evolutivo. In particolare, i processi di integrazione europea impongono al Governo una seria azione di riduzione del disavanzo pubblico, che vede come principale responsabile proprio la spesa pubblica per i servizi.

A ciò si uniscono un contesto socio-politico incline a spogliarsi della connotazione ideologica che accompagnava i concetti di privato e mercato, i quali ultimi sono quindi rivalutati nella loro funzione sociale, e la progressiva affermazione di una disciplina *antitrust* europea e nazionale, tesa a eliminare quei benefici di cui godono soggetti pubblici.⁸³

Non si trascuri, infine, il significativo impatto che la legge sul procedimento amministrativo avrebbe iniziato ad avere, grazie all'attenzione mostrata ai tempi dell'*agere* amministrativo.⁸⁴

La legge 142/1990, all'art. 22, introduce quindi una nuova disciplina dei servizi pubblici locali, per mezzo della quale si conferisce a comuni, province e enti locali il potere di provvedere, nell'ambito delle proprie competenze, alla gestione di servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività

⁸³ Si pensi al principio di indifferenza tra impresa pubblica e privata e l'equivalenza nel rispettivo assoggettamento alla normativa *antitrust*.

⁸⁴ Sul punto si è ritenuto che “*il tempo viene assunto a valore giuridico condizionante la realtà dei rapporti tra cittadini e amministrazione, imponendo che la soddisfazione dei bisogni avvenga in termini certi e brevi*” (Ferrara R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, pag. 34).

volte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle collettività locali.

Percorrendo brevemente i principi fondamentali di questo intervento, è possibile individuare una serie di principi di “responsabilità” dell’ente locale⁸⁵: a) l’affermazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza cui deve ispirarsi l’azione e l’attività di gestione amministrativa; b) il riconoscimento della distinzione tra potere di indirizzo politico e funzione di gestione; c) la riduzione dei controlli preventivi di legittimità sugli atti, con il superamento della logica dell’adempimento sostituita dalla logica del risultato; d) la riforma e il potenziamento del sistema dei controlli interni con affermazione dei controlli successivi su attività gestionali; e) la professionalizzazione degli organi di revisione economico-finanziaria; f) l’applicazione del modello aziendale, l’analisi economica dei fatti gestionali e la previsione del controllo interno di gestione.⁸⁶

⁸⁵ Cfr., al riguardo, Corte di Conti, *Relazione sulla gestione degli enti locali*, Roma, 2008.

⁸⁶ Successivi interventi sul tema includono la legge 498/1992 “*Interventi urgenti in materia di finanza pubblica*”, con cui si introduce, tra le modalità di gestione, la società per azioni senza il vincolo della partecipazione maggioritaria pubblica; - la legge n. 95/1995, viene regolamentato il contratto di servizio; - con legge n. 127/1007, “*Misure urgenti per lo snellimento dell’attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e controllo*” – la cd. *Bassanini bis* – introduce la possibilità di costituire la società a responsabilità limitata, una procedura semplificata per la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni, consentendo all’Ente locale di restare azionista unico per un periodo non superiore a due anni alla trasformazione e, infine, si introduce l’ambito territoriale come presupposto per costituire una società con la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.

Con specifico riferimento alle forme di gestione introdotte - art.22, legge n. 142/1990 e art. 12, legge n. 498/1992 – si introducono ben sei fattispecie, successivamente riprese nell’art. 113 del T.U.E.L.⁸⁷ Si tratta della:

- gestione in economia, attuabile quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire un’istituzione o un’azienda;

- concessione a terzi, in presenza di ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale. Per lungo tempo questo strumento è stata la via unica per l’affidamento di servizio pubblico a favore di soggetti privati, distinguendo in tal modo la titolarità (che rimaneva in capo all’ente) dalla gestione (affidata al privato);

- azienda speciale, in caso di gestione di più servizi a rilevanza economica ed imprenditoriale, l’ente locale può utilizzare un ente strumentale, l’azienda speciale appunto, con distinta personalità giuridica e con autonomia imprenditoriale.

Si tratta dell’evoluzione del modello previsto dalla legge sulle municipalizzazioni, cui viene attribuita una maggiore autonomia gestionale. Gli organi dell’azienda sono il consiglio d’amministrazione, il presidente e il direttore, titolare, quest’ultimo, della responsabilità gestionale.

⁸⁷ Per un approfondimento sul tema, si veda Vandelli, L., *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2005, pag. 35 e ss; Liguori, *op. cit.*, pag. 49 ss.

L'attività dell'azienda si ispira a criteri di efficacia, efficienza ed economicità con obbligo di pareggio di bilancio; la vigilanza contabile e finanziaria è esercitata da un apposito organo di revisione. In relazione all'attività dell'azienda speciale, l'ente locale riveste una presenza pervasiva. Ne approva lo statuto, adotta gli indirizzi che l'azienda è tenuta ad osservare, nomina i propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione e ne approva gli atti fondamentali. In tal modo esercita la vigilanza e verifica i risultati della gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Taluni commentatori hanno criticato simile situazione di pervasiva influenza, capace di dar luogo ad un'eccessiva ingerenza nella gestione, anche corrente, da parte dell'ente di riferimento.

Anche in tale ottica si spiega il rapido superamento del modello, avvenuto con l'incentivo in favore dell'utilizzo del modello privatistico della società per azioni;

- istituzione, utilizzabile per la gestione di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale. Si tratta di un ente privo di personalità giuridica e che beneficia di una semplice autonomia gestionale, mentre per gli aspetti della disciplina è ricondotta semplicemente all'autonomia gestionale.

- società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente

capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio.

L'introduzione di tale tipologia gestionale va ricondotta alla necessità di abbassare i costi di produzione dei servizi e ottenere un miglioramento della qualità degli stessi, coniugando gli aspetti pubblicistici del servizio con risorse e professionalità proprie dei soggetti privati.

- società per azioni non prevalentemente partecipata dall'ente pubblico: introdotto dalla legge n. 498/1992, viene previsto come modello generale, utilizzabile per la gestione tanto dei servizi pubblici, quanto delle attività strumentali agli stessi.⁸⁸ In questa ipotesi, è previsto che il socio privato sia individuato con procedura ad evidenza pubblica e che una quota delle azioni possa essere destinata alla diffusione presso il pubblico.⁸⁹

Tale intervento rappresenta un elemento di un più ampio e generale movimento verso la liberalizzazione che contemporaneamente avviene a livello nazionale nel settore delle

⁸⁸ “Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria”

⁸⁹ Come in realtà osservato da Liguori, *op. cit.*, pag. 69, la legge 142/1990 possiede alcuni elementi di contraddizione che risiedono nella circostanza per cui le aziende speciali, così come anche le stesse aziende miste, sono comunque strutture operative del Comune, indebolendo così la separazione tra titolarità e gestione del servizio.

telecomunicazioni e radiotelevisioni (D.P.R. 318/1997), elettricità (d.lgs.79/1999), gas naturale (d.lgs.164/2000).

A livello locale, invece, malgrado la varietà delle forme previste, la normativa appare invero timida, non consentendo una reale gestione del servizio pubblico totalmente avulsa da un legame (di imputazione o titolarità del servizio) con l'ente locale. Piuttosto, tenendo ferma la titolarità del servizio, gli interventi degli anni novanta si caratterizzano per il tentativo di coniugare la titolarità pubblica del servizio con le nuove tecniche di disciplina delle attività economiche di interesse pubblico, evitando accuratamente la più radicale liberalizzazione.

Un'ultima notazione riguarda la possibilità, prevista dalla legge n. 142/90, di dar vita a forme di gestione cd. associate, in base alle quali si tenta di rimediare alle difficoltà per gli enti locali di ridotte dimensioni (in prevalenza piccoli comuni) di individuare gli ambiti ottimali del servizio pubblico, idonei a determinare le economie di scala necessarie al fine di una gestione efficiente del servizio. Pertanto, al fine di rimediare a fenomeni di scarsità di risorse, ovvero di forza contrattuale ridotta, si introducono alcuni strumenti idonei a riportare l'ente su un piano di parità tanto con i fornitori che con gli affidatari dei servizi.

Si tratta, nella specie, di strumenti quali le Convenzioni e gli Accordi di Programma – i quali non presuppongono alcuna

struttura giuridica ed organizzativa stabile – ovvero di forme più stabili, quali Consorzi, Unioni di Comuni e Comunità montane.⁹⁰

1.6.3. Dal T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/2000) alla legge n. 326/2003

Come visto, il legislatore del 1990 fu piuttosto prudente nella sua visione di liberalizzazione, il privato apparendo nella unica veste di socio di minoranza. Maggiormente coraggiosi, invece, furono gli interventi dell'ultimo decennio.

In tale direzione, giova richiamare anche le posizioni che l'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato espresse a cavallo degli anni 1999 e 2000. L'Autorità, facendo una netta scelta in favore della concorrenza per il mercato, mostrò il suo *favor* per un regime di autorizzazione, che, laddove possibile, avrebbe consentito ad una pluralità di operatori di entrare e competere nel mercato. Al contrario, nel caso in cui il ridotto bacino di utenza – in ragione delle peculiari condizioni economiche, morfologiche, territoriali – non consentisse l'esistenza di una pluralità di operatori, si sarebbe dovuto procedere ad una procedura ad evidenza pubblica, al fine di

⁹⁰ In particolare, la scelta della modalità associativa maggiormente adeguata deve poggiare su uno studio accurato, che prenda in considerazione tanto gli aspetti giuridici, che quelli economici e organizzativi. Vedi, al riguardo, Bellini-Facchini, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica: esternalizzazione e regolazione*, Roma, 2005, pag. 21.

“mettere all’asta il diritto di monopolio ed affidarlo all’impresa più efficiente”.⁹¹

La legge n. 267/2000 (TUEL), riordinando le disposizioni legislative in un unico testo, riprende a tal fine le disposizioni precedenti in tema di gestione dei servizi pubblici dettati dalla legge n. 142/1990, salvo integrarle con la possibilità, per gli enti locali di costituire apposite società *“senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria”* (art.116 TUEL).

Una prospettiva maggiormente innovativa fu introdotta con la legge n. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) che, all’art.35, introduce la regola generale dell’obbligatorietà della gara per l’affidamento del servizio pubblico al privato. Inoltre, veniva stabilito un regime di separazione tra la gestione e la titolarità degli impianti a rete, che l’ente locale non poteva dismettere, salva la possibilità di conferire la proprietà a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che resta incredibile.

Con riferimento all’erogazione dei servizi, questa deve avvenire in un regime di concorrenza, secondo le discipline di settore, attribuita a società di capitali mediante gara.⁹²

⁹¹ AGCM, parere n. AS 182 del 21.10.1999 e AS 222 del 8.11.2000. Sul punto, vedi Cintioli, *op. ult. cit.*, pag. 5.

⁹² Per una rilevazione puntuale della disciplina introdotta dalla legge finanziaria, cfr. Caia G., *Le società a partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in *Giustizia Amministrativa*, 1/2003.

La norma di legge in questione stabilisce inoltre che le procedure di gara per la gestione del servizio devono prevedere espressamente parametri di qualità e sicurezza, oltre che condizioni economiche relative alla prestazione del servizio, nonché piani di investimento e sviluppo per il potenziamento di reti e impianti. Tali elementi sarebbero poi confluiti nel contratto di servizio, che si poneva come autentico strumento regolatore dei rapporti tra gestore e ente locale.

La legge prevede inoltre alcune cautele atte a contenere l'invalso utilizzo dell'affidamento diretto, all'uopo introducendo misure asimmetriche che fanno divieto alle società pubbliche affidatarie senza gara di partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici locali, tanto in Italia, quanto all'estero.

Su tale disciplina interviene la Commissione europea con una lettera di contestazione del 26 giugno 2002, in cui si censurava l'art. 35 appena esaminato in quanto in violazione dei principi di concorrenza e di libera circolazione dei servizi e, sollecitando, in tal modo, le opportune modifiche.⁹³

Nella specie, i rilievi mossi al legislatore italiano si sono incentrati sulla mancata previsione della gara come regola generale nel caso di affidamento di reti e impianti e sulla sanatoria

⁹³ Sul punto si veda anche la procedura d'infrazione n. 1999/2184, avviata dalla Commissione europea ex art. 226 del Trattato, avviata con lettera n. SG - 2000 - D/108243, in data 8.11.2000.

di affidamenti diretti avvenuti in violazione del diritto comunitario.⁹⁴

A seguito di tale intervento, la disciplina degli affidamenti contenuta nell'art. 113 TUEL ha subito una profonda modifica ad opera della legge n. 326/2003 (di conversione del d.l. n. 269/2003), riducendo “*fortemente sia la tensione verso la liberalizzazione sia quella a favore della privatizzazione*”.⁹⁵

Le principali novità riguardano – oltre alla distinzione menzionata *supra* tra servizi “*di rilevanza economica*” e “*privi di rilevanza economica*” –, in particolare, la possibilità conferita agli enti locali di scegliere tra tre modelli di gestione dei servizi pubblici di rilievo economico, tutte e tre analoghe e pari ordinate. Si tratta nella specie di *i*) affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, *ii*) affidamento diretto a società mista a capitale pubblico privato, sempre che la scelta del socio sia avvenuta mediante gara e *iii*) affidamento diretto a società interamente pubbliche (cd. affidamento *in house*).

⁹⁴ La Commissione precisa, inoltre, i termini entro cui si giustificano affidamenti diretti di servizi pubblici locali: deve essere presente un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ovvero un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato. Quest'ultimo, in virtù di tale rapporto, non disporrebbe di alcuna autonomia decisionale in relazione agli atti di gestione, per cui si configurerebbe come un'entità solo formalmente distinta dall'Amministrazione, ma che in realtà costituisce parte di essa. Vedi *amplius infra*, paragrafo successivo.

⁹⁵ Ammannati L., *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in De Vincenti-Vigneri, *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, pag. 371; Cintioli, *op. cit.*, pag. 4.

A tal fine, si precisava che tale forma di affidamento *in house* – sulla base della giurisprudenza comunitaria – definisce un affidamento diretto, ossia senza ricorrere ad una procedura pubblica, purché rispettoso delle condizioni di legittimità indicate dalla giurisprudenza comunitaria.⁹⁶ Si tratta, nella specie, delle condizioni per cui: *a*) l'impresa affidataria deve essere una società a capitale totalmente pubblico; *b*) l'ente pubblico controllante deve poter esercitare un potere di controllo analogo a quello che esercita sui servizi da esso prodotti; e *c*) la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico da cui ha ricevuto il servizio in affidamento.⁹⁷

Tale schema ha indubbiamente svuotato di significato la procedura di gara, preferendo gli enti locali – data la loro equivalenza – forme di affidamento più snelle e dirette, senza procedura concorsuale.

Inoltre, si prevedeva che la proprietà delle reti non avrebbe potuto essere affidata ad imprese a maggioranza pubblica, ma unicamente a società interamente partecipate dall'ente locale. Invece, con riferimento alla gestione delle reti, questa avrebbe potuto essere affidata tanto mediante gara, quanto mediante

⁹⁶ *Ex multis*, cfr. la sentenza della Corte del 18.11.1999, *Teckal*, C-107/98.

⁹⁷ Per una descrizione delle caratteristiche di tale tipologia di affidamento, vedi *infra*, il paragrafo successivo.

affidamento diretto a società interamente pubbliche, secondo le forme dell'*in house*.

1.7. La disciplina (generale) introdotta dall'art. 23-bis D.L. n. 112/2008

La legge n. 133 del 6 agosto 2008, nel convertire il d.l. del 25 giugno n. 112, ha introdotto il nuovo articolo 23-bis, che ambisce a introdurre una disciplina (tendenzialmente) generale sull'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, al precipuo fine di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni [...], secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione (comma 1).⁹⁸*

⁹⁸ Tra i primi commenti sulle novità introdotte dall'art. 23-bis, vedi Palliggiano, *Commento al decreto legge 135/2009*, in *Guida al diritto*, 41/2009; Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 25; Nicoletti, *La riforma dei servizi pubblici locali: prime valutazioni*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 9/2009; De Vincenti, *I servizi pubblici nel decreto legge n. 135/2009*, disponibile sul sito www.astridonline.it; Bianchini, *I divieti posti dal comma 9 dell'art. 23 bis*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 10/2009.

Tra i punti maggiormente qualificanti del nuovo regime vi è sicuramente la “*scelta univoca*”⁹⁹ a favore del regime concorrenziale di gestione, ricoprendo tutto ciò che evita la competizione per l’aggiudicazione di una forma eccezionale, conseguentemente circondata da numerose cautele.

L’art. 23-*bis*, infatti, prevede oggi¹⁰⁰ due modalità attraverso cui l’affidamento avviene “*in via ordinaria*”, ossia: *i*) in favore di imprese o società “*in qualunque forma costituite*” mediante una procedura concorsuale ai sensi delle disposizioni comunitarie sull’evidenza pubblica, oppure *ii*) in favore di “*società a partecipazione mista pubblica e privata*”, dettando per la relativa gara particolari condizioni. In deroga, e “*per situazioni eccezionali*” ivi specificate, rimane possibile la possibilità dell’affidamento diretto, senza gara, in favore di “*società a capitale interamente pubblico*”, in base ai principi comunitari relativi all’affidamento cd. *in-house* (comma 2 e 3, art. 23-*bis*).

Con riferimento alla forma ordinaria di affidamento mediante procedura competitiva a società mista, la norma appare

⁹⁹ Cintioli, *op. cit.*, pag. 20.

¹⁰⁰ Il presente regime è il risultato delle modifiche introdotte all’art. 23-*bis* dall’art. 15 d.l. n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009. Quest’ultimo intervento ha, in particolare: a) incrementato i casi dei settori esclusi dall’ambito di applicazione dell’art. 23-*bis*; b) incluso la società mista pubblico-privata come forma ordinaria di affidamento; c) rafforzato il carattere eccezionale dell’affidamento *in house* e meglio precisato il ruolo delle autorità di settore al riguardo; d) introdotto un regime transitorio degli affidamenti in essere. Per una descrizione, vedi Agus, *cit. sup.*, pag. 2 e ss; Cintioli, *cit. sup.*, pag. 21-22.

concludere un processo giurisprudenziale di progressiva definizione della fattispecie, che si afferma oggi come forma ordinaria, del tutto distinta dall'affidamento diretto. In particolare, il dibattito si era incentrato sul rapporto esistente tra la gara per la scelta del socio e il successivo affidamento del servizio pubblico; nella specie, era controverso se tale affidamento potesse eseguirsi senza gara (necessità assorbita dalla gara tenuta "a monte" per la scelta del socio) ovvero abbisognasse di una seconda procedura competitiva. Nel primo caso, inoltre, dubbia era la somiglianza con un affidamento diretto e, pertanto, ci si interrogava sulla necessità di seguire le relative regole.¹⁰¹

In giurisprudenza si erano gradualmente definite alcune posizioni, in base alle quali l'affidamento ad una società mista potesse essere operato purché il socio fosse un socio industriale e non meramente finanziario, che la società avesse un oggetto sociale limitato in relazione al servizio pubblico da svolgere e che la partecipazione del socio privato fosse limitata in relazione alla durata dell'affidamento.¹⁰²

Superando tali perplessità, l'art. 23-*bis* prevede che, nel caso si voglia affidare il servizio ad una società mista, sia

¹⁰¹ Per una ricostruzione sul tema, si veda Caringella, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2008, pag. 551; nonché Scarafiocca, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica*, 2010, disponibile alla pagina: <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>.

¹⁰² Vedi al riguardo, Consiglio di Stato, parere n. 456/2007 e Ad. Plenaria, 3.3.2008, n. 1.

necessario rispettare alcune condizioni. La prima è che la scelta del socio privato deve avvenire tramite gara; la seconda, che la gara abbia *“ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio”*; infine, che *“al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento”* (comma 2, lett. b), art. 23-bis).

Rinviando al capitolo successivo per una descrizione più approfondita di tali condizioni e dei concreti ambiti applicativi delle società miste quali forme ordinarie di affidamento dei servizi pubblici locali, ci si limita qui a ricordare come l’art. 23-bis demanda ad un regolamento di delegificazione (“Regolamento”) il compito di disciplinare la materia¹⁰³ e, in particolare: (i) di *“prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici privati”*; (ii) *“idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti”* e, in caso di subentro, (iii) *“la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio”* (lett. c), h), i), comma 10, art. 23-bis).

¹⁰³ Il comma 10, art. 23-bis, prevede l’adozione del regolamento ai sensi dell’art. 17, comma 2, l. 400/1988. Al momento in cui si scrive, il Regolamento ha ricevuto la forma del Presidente della Repubblica e la sua entrata in vigore è attesa per i prossimi mesi.

Significativo è che, tra i compiti del Regolamento, figure espressamente quello di *limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale*” (lett. b), comma 10, art. 23-bis). Si tratta di una primissima applicazione, la prima volta dalla sua costituzionalizzazione, del principio di sussidiarietà orizzontale, per cui l’azione del cittadino, singolo o associato, deve essere preferita a quella dell’ente di riferimento e solo laddove sia accertata la necessità dell’intervento pubblico, allora gli enti possono agire.

Il richiamo al principio – presente come detto *supra* all’art. 118 Cost. - manifesta la chiara intenzione di procedere ad una riorganizzazione delle prestazioni di servizi di interesse generale che tenga conto della presenza sul territorio di attori privati capaci di sostituirsi all’azione delle pubbliche amministrazioni. In quest’ottica, il principio è richiamato come ripartizione di competenze applicative, piuttosto che come fondamento di autentiche dinamiche cooperative tra ambito pubblico e privato.

Inoltre, l'art. 23-*bis*, con un altro principio rilevante e chiarificatore in tema di affidamento ordinario, prevede la possibilità di un “*affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali*”, a condizione che la scelta sia “*economicamente vantaggiosa*” e che la relativa durata sia “*unica per tutti i servizi*” (comma 6, art. 23-*bis*).

Infine, quanto ai bacini di gara per i diversi servizi, si prevede che le Regioni e gli enti locali possano definirli d'intesa con la Conferenza unificata *ex art. 8 d.lgs. n. 281/1997*, dovendo rispettare al riguardo una serie di condizioni e parametri di natura funzionale (comma 7, art. 23-*bis*).

1.8. segue: l'affidamento diretto *in-house* e il ruolo dell'AGCM

Come sopra anticipato, l'aspetto più significativo della riforma introdotta con l'art. 23-*bis* risiede nell'aver affermato il principio di eccezionalità di quelle modalità di affidamento che non prevedono l'espletamento di una gara pubblica. Ciò, in particolare, è avvenuto al comma 3, dell'art. 23-*bis*, in cui si è restrittivamente disciplinato l'affidamento *cd. in-house*.

1.8.1 La natura eccezionale dell'affidamento in house

In linea generale, l'affidamento diretto rappresenta una forma di affidamento suscettibile di assumere rilievo per la disciplina delle concorrenze, poiché, da un lato, determina in potenza una situazione di vantaggio per l'impresa affidataria del servizio; dall'altro, sottrae alle altre imprese attive sul mercato la possibilità di competere per la fornitura del servizio.¹⁰⁴

In tale prospettiva, appare agevolmente inquadrabile il tentativo della Corte di Giustizia di mediare tra gli opposti principi di autonomia organizzativa dell'ente locale e di tutela della competizione per il mercato, effettuato a partire dalla giurisprudenza *Teckal*.¹⁰⁵ In tale arresto, la Corte ha infatti

¹⁰⁴ Cfr. Canalini, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, nota a Consiglio di Stato, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Foro amm. CDS* 2008, 4, 1158. In tema di *in-house*, si rinvia ai seguenti contributi: Del Giudice, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1546 e ss.; Moscardi, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di «controllo analogo»*, in *Foro amm. TAR* 2007, p. 2245 e ss.; Occhiolupo, *Rassegna di Giurisprudenza Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, p. 525 e ss.; Pallotta, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. pubblico comunitario*, 2008, p. 191 e ss.; Soncini, *Gli affidamenti in house: rassegna di giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 281 e ss.; Vessia, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Il diritto industriale*, 2008, p. 31 e ss.; Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 1401 e ss..

¹⁰⁵ Sentenza della Corte del 18 novembre 1999, C-107/98, cit., avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna nella causa dinanzi ad esso pendente tra Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, (TECKAL) la quale vedeva la Teckal Srl contrapposta al comune di Viano e all'Azienda Gas-Acqua Consorziale

enucleato una serie di condizioni di compatibilità delle forme di affidamento diretto senza gara con le norme del trattato a garanzia, specialmente, della libera circolazione dei servizi.¹⁰⁶

Infatti, ai sensi del principio di evidenza pubblica, grava sull'ente locale l'obbligo di procedere ad una selezione aperta e trasparente di un soggetto terzo che sarà chiamato a gestire il servizio. La possibilità di un affidamento diretto – secondo l'impostazione della Corte – residuerebbe laddove non ricorra quella relazione inter-soggettiva pubblica amministrazione-gestore, limitandosi l'amministrazione a internalizzare il servizio in favore di un soggetto che, pur essendo formalmente distinto dall'ente, è tuttavia sottoposto ad un controllo gerarchico talmente pervasivo da poter essere assimilato a quello che il medesimo ente esercita nei confronti delle proprie strutture interne (c.d. controllo analogo su cui *amplius infra*).

La ragione sostanziale della compatibilità di un affidamento in *in-house* con i principi di concorrenza risiede

(AGAC) di Reggio Emilia in ordine all'aggiudicazione, da parte di tale comune, della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali.

¹⁰⁶ In realtà, l'espressione *in house providing* è comparsa per la prima volta nella Comunicazione della Commissione europea, 11 marzo 1998, COM(98) 143, in cui la Commissione considera come il concetto di appalti *in house* costituisca un'ipotesi di autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte di una PA che si avvalga della propria organizzazione interna senza far ricorso a forme di evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario. La Corte di Giustizia ha invece escluso per la prima volta la necessità, per la PA, di ricorrere a gara nell'ambito delle sentenze 10 novembre 1998, C-360/96 e 9 settembre 1999, C-108/98.

dunque nel fatto che tale tipologia di affidamento non è qualificabile come contratto eccezionalmente sottratto alla disciplina ordinaria; piuttosto, rappresenta una fattispecie non contrattuale, data l'assenza di una relazione intersoggettiva e l'assimilazione ad un processo interno all'ente locale.¹⁰⁷

Il pregio di tale ricostruzione è ribadire come l'ente locale abbia dinnanzi una scelta ben delineata tra le alternative dell'esternalizzazione della gestione - attraverso il ricorso ad organismi esterni, quali imprese o soci privati, scelti mediante procedure di evidenza pubblica - e quella di autoproduzione (internalizzazione) - ossia gestione mediante propri organismi sui quali esercita un controllo analogo.

Nel nostro diritto positivo, le due scelte appena descritte sono state originariamente codificate nell'art. 113 TUEL, il quale - come visto *supra* - fissa anche i requisiti di regolarità dell'*in house providing*, considerandolo come equivalente alle altre forme di affidamento con gara. Tuttavia, nelle prime applicazioni pratiche, la giurisprudenza e la dottrina, ragionando sulla collocazione sistematica dell'istituto, hanno spesso raggiunto conclusioni difformi in merito all'alternatività del modello di *in*

¹⁰⁷ Ciò rappresenta un elemento interpretativo invero significativo, che permetterà di apprezzare le innovazioni che sul punto introduce l'art. 23-bis; cfr., sul punto della "non eccezionalità" dell'affidamento *in-house*, Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. Trim. App.*, 1/2010, pag. 41.

house providing rispetto al meccanismo della gara.¹⁰⁸ Le riflessioni sviluppate hanno progressivamente inquadrato l'istituto dell'*in-house* come eccezionale e derogatorio ai principi concorrenziali; ciò anche conformemente a quanto espresso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Si veda, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, sentenza 23.4.1998, n. 477, in *Giur. It.*, 1731, per cui “*le pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro attività organizzative non possono incontrare limiti nella disciplina comunitaria. L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto alternativo rispetto all'accesso al mercato [...]; la tutela comunitaria non si spinge sino a giustificare un sindacato sulle scelte legislative o amministrative che consentono ai pubblici poteri, nel produrre servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzatorie, tecnicamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato*». In dottrina, cfr. le posizioni di Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *Giust. Amm.*, 2007, p. 1241 e ss. e di Iaione, *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Il Foro amm.-TAR*, 2006, p. 42 (“*l'autoproduzione - escludendo in radice la concorrenza per (o nel) mercato - non fa sorgere l'esigenza di tutelare la parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento del contratto o del servizio. La legittimità della scelta in favore dell'autoproduzione dei servizi pubblici trova fondamento nel cd. principio di auto-organizzazione amministrativa che trova a sua volta corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale*”).

¹⁰⁹ Vedi la segnalazione AS375 del 14.12.2006, “*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*”, in cui l'AGCM rileva che “*tale modalità di affidamento è sottoposta a stringenti requisiti di legittimità, così come determinati dalla giurisprudenza comunitaria e recepiti nella normativa nazionale i quali non permettono agli enti locali di far ricorso all'affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara a poche ed eccezionali situazioni.*” Significativa, sul punto della natura eccezionale dell'istituto, la rimessione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dal TAR Puglia (ordinanza 22.7.2004, ANAV c. *Comune di Bari*) il quale ha chiesto “*Se sia compatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V D. Lgs. nr. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. nr. 269/03, nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata*”. La Corte, con sentenza 6.4.2006, C-410/04, non ha ravvisato l'incompatibilità censurata dal

Come anticipato, da ultimo, la natura eccezionale della forma di affidamento diretto *in house* ha trovato positivo inserimento nell'art. 23-bis, comma 3, che lo considera espressamente una forma “*in deroga alle modalità di affidamento ordinario*”.

1.8.2 Caratteri essenziali del fenomeno dell'*in-house providing*

I requisiti di legittimità che – secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia - devono sussistere perché la procedura di affidamento diretto sia compatibile con i principi comunitari riguardano in particolare l'impresa affidataria del servizio.¹¹⁰

a) *Il controllo analogo.* Se la mancanza di intersoggettività tra stazione appaltante e soggetto affidatario costituisce la *ratio* dell'istituto che consente di escludere l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica, la relazione tra due deve assumere le forme di un rapporto essenzialmente inter-organico.

TAR, affermando che “*trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza [i.e. controllo analogo e asservimento funzionale] devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. II, punto 46, e Parking Brixen, cit., punto 63)*”.

¹¹⁰ Come vedremo, *infra*, l'art. 23-bis inciderà su tali requisiti, aggiungendo un'ulteriore requisito di legittimità, relativo alle caratteristiche del contesto in cui matura l'esigenza di procedere ad un affidamento diretto.

La giurisprudenza comunitaria ha provveduto ad enucleare i principi in base ai quali può affermarsi che la stazione appaltante e l'impresa affidataria siano, nella sostanza, riconducibili al medesimo centro decisionale, riferendosi al concetto di "*controllo analogo a quello esercitato [dall'ente affidante] sui propri servizi*".¹¹¹ Tale concetto è stato progressivamente definito dalle pronunce dei giudici tanto nazionali, quanto comunitari, che hanno individuato i requisiti fondamentali che l'impresa affidataria deve possedere al fine di poter procedere ad una gestione *in house*. Siffatti requisiti – è stato più volte ribadito – devono interpretarsi restrittivamente, costituendo un'eccezione alle regole generali di evidenza pubblica.¹¹²

Elemento necessario del controllo analogo è l'esistenza di una partecipazione pubblica totalitaria dell'ente affidatario. Infatti, una partecipazione, anche se di minoranza, di un'impresa privata non permette l'adeguata considerazione delle esigenze proprie di obiettivi di interesse pubblico. Infatti, "*qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente*". A ciò si aggiunge che "*l'attribuzione di un appalto pubblico ad una*

¹¹¹ Da ultimo, cfr. la sentenza della Corte del 13 novembre 2008, *Coditel Brabant c. Commune d'Uccle*, Causa C-324/07, in Racc. 2008 pagina I-8457.

¹¹² Si veda la già citata sentenza *ANAV c. Comune di Bari* e Consiglio di Stato, sentenza 18 aprile 2007, n. 456.

*società mista pubblico privata senza far appello alla concorrenza [...] offrirebbe ad un' impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”.*¹¹³

Secondo un'altra posizione, piuttosto che la partecipazione totalitaria pubblica, sarebbe necessaria e imprescindibile una “*ingerenza pubblica dominante sull'organizzazione imprenditoriale*”, attuabile anche in presenza di una partecipazione pubblica semplicemente maggioritaria.¹¹⁴

A tale scopo, si è ulteriormente precisato che, per la sussistenza del controllo analogo, non sarebbe sufficiente la presenza degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza in base alle norme di diritto societario, dovendo piuttosto sussistere un rapporto che determini un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che investa i più importanti atti di gestione.

Ciò, nella specie, è configurabile se: *i)* la partecipazione maggioritaria assume carattere permanente, non dovendosi prevedere alcuna apertura – contenuta nello statuto – ad una

¹¹³ “*Il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico*” (sentenza della Corte 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, cit.*, e 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) e Comune di Cingia de' Botti*, e 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) e Transformación Agraria SA (TRAGSA)*). In senso analogo, vedi anche Consiglio di Stato, sentenza 13 luglio 2006, n. 4440.

¹¹⁴ Cfr. Caringella, *op. cit.*, pag. 523, il quale si richiama alla nozione di “controllo strutturale” dell'ente sulla società affidataria.

potenziale partecipazione di azionisti privati,¹¹⁵ ii) gli eventuali poteri gestionali conferiti al consiglio di amministrazione della società affidataria non devono essere contenuti rispetto a maggiori e pervasivi poteri da riconoscere all'ente di riferimento¹¹⁶, quali “b) il controllo del bilancio; c) il controllo sulla qualità della amministrazione; d) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, sino a giungere al potere del controllante di visitare i luoghi di produzione; e) la totale dipendenza dell'affidatario

¹¹⁵ Cfr., la sentenza Corte del 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Repubblica d'Austria*, che ha affermato l'illegittimità di un affidamento diretto anche se, al momento dell'affidamento, la società affidataria era totalmente partecipata dall'ente affidante, a ragione di una prevista futura privatizzazione. Nella giurisprudenza nazionale si segnalano, tra le tante, Consiglio di Stato 8 luglio 2008, n. 3410 e TAR Liguria, 15 maggio 2008, n. 1013. In senso parzialmente difforme sentenza della Corte del 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana*, in cui si rileva che “la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, Racc. pag. I 9705, punto 38). Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v., in tal senso, sentenza *Commissione/Austria*, cit., punto 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari”. Sul tema, si veda Volpe, *op. ult. cit.*.

¹¹⁶ Sentenza della Corte del sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, p. 133, con nota di Piperata, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*. In tale caso gli ampi poteri che lo statuto conferiva alla società – sebbene interamente controllata dall'ente - avrebbero escluso il necessario requisito del controllo analogo da parte dell'ente di riferimento.

diretto in tema di strategie e politiche aziendali”¹¹⁷; infine, iii) l’impresa non deve possedere una esplicita vocazione commerciale, ritenuta invece sussistente nel caso di un oggetto sociale particolarmente ampio, ovvero di espansione territoriale dell’attività sociale a tutto il territorio nazionale e anche all’estero.¹¹⁸

Tale ultimo dato sconta peraltro la problematicità derivante dalla genericità del concetto, che dà al tempo stesso l’idea della rilevanza dell’apprezzamento del giudice nell’analisi dei singoli casi. Al riguardo, ad esempio, in giurisprudenza si è ritenuta la vocazione commerciale dell’ente – e conseguentemente esclusa la possibilità di un affidamento *in house* – nel caso in cui l’oggetto sociale coinvolgeva “*ben venti settori diversi, inerenti a campi estremamente diversificati [...] rendendo in tal modo fortemente elastica l’individuazione dei limiti di operatività dell’affidataria*”.¹¹⁹ Allo stesso modo, si è esclusa la sussistenza del controllo analogo in ragione in presenza di “un oggetto sociale aperto ad interventi di grande spessore e ampio respiro”, che includeva finanche interventi “da effettuarsi anche a favore di

¹¹⁷ Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719. In senso analogo, vedi Consiglio di Stato, 23 gennaio 2008, n. 368 e 3 aprile 2007, n. 1514.

¹¹⁸ Si veda sul punto la sentenza della Corte di Giustizia, *Parking Brixen*, cit.

¹¹⁹ TAR Toscana, sentenza 18 maggio 2007, n. 762.

terzi (rispetto agli enti associati) ed attraverso moduli operativi ad ampio spettro (partecipazioni finanziarie ad altre società, concessione a terzi, esecuzione di operazioni commerciali, finanziarie, immobiliari”¹²⁰.

b) il principio dell'attività prevalente. Sebbene il requisito del rapporto analogo instauri quel rapporto di delegazione interorganica tra ente e gestore, tale per cui si rimane all'interno della medesima struttura pubblica di riferimento, ciò non esclude che l'ente gestore possa nondimeno usufruire della situazione di vantaggio così acquisita al fine di eludere sostanzialmente la missione pubblica conferitagli.

Si è pertanto individuata la necessità di riferire l'attività del gestore in maniera prevalente al soddisfacimento del bisogno dell'ente di riferimento, ciò al fine di evitare la situazione per cui *“solide imprese pubbliche, ben governate dagli organi pubblici, acquisite remunerative commesse pubbliche, si presentino sul mercato privato in condizioni di forte concorrenza”*¹²¹.

¹²⁰ TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986.

¹²¹ Così Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719 che precisa che il privilegio *“si verifica quando un'impresa usufruisca, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di*

Il principio in esame, appunto definito della “attività prevalente”, implica che il soggetto affidatario deve svolgere la parte più importante della propria attività con l’ente che ne detiene il capitale sociale. La difficoltà pratica è stata, quindi, quella di individuare in quali casi l’attività possa ritenersi prevalente. Sul punto, è emersa una posizione secondo la quale – analogamente a quanto previsto in materia di appalti¹²² –, qualora l’80% del volume di affari prodotto dal soggetto gestore è realizzato con

contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito. Non è necessario che ciò determini profitto, purché l’impresa derivi da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l’apparato aziendale. In una tale situazione, è fin troppo evidente che ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l’impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione. Gli ulteriori contratti, sostanzialmente, diventano più che marginali e permettono o la realizzazione di un profitto maggiore rispetto all’ordinaria economia aziendale del settore, ovvero di offrire sul mercato prezzi innaturalmente più bassi, perché non gravati dall’ammortamento delle spese generali. Nell’uno o nell’altro caso, il meccanismo del minimo garantito altera la par condicio delle imprese in maniera ancora più grave perché con riflessi anche sul mercato dei contratti privati. L’impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorto di una semplice elusione del sistema delle gare. Potenzialmente ciò induce ed incoraggia il capitalismo di Stato e conduce alla espulsione delle imprese private marginali”.

¹²² L’art. 13 della direttiva CE n. 93/38, il quale determina i casi di esclusione dell’obbligo di gara nei settori speciali, stabilisce che “La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi: a) assegnati da un ente aggiudicatore ad un’impresa collegata; b) assegnati da un’impresa comune, costituita da più enti aggiudicatori per l’esercizio di attività ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 2, ad uno di questi enti aggiudicatori o ad un’impresa collegata ad uno degli enti aggiudicatori, sempreché almeno l’80 % della cifra d’affari media realizzata nella Comunità dall’impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata”.

l'ente di riferimento, il requisito dell'attività prevalente può ritenersi soddisfatto.¹²³

D'altra parte, in giurisprudenza è stato accolto un criterio maggiormente flessibile, che unitamente al dato quantitativo indicativo della misura di attività svolta a favore dell'ente locale, considera un elemento qualitativo, idoneo ad apprezzare la *“valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato”*.¹²⁴ In particolare, la corte comunitaria ha, sul punto, precisato che *“il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative”*. Inoltre, con riferimento al fatturato di riferimento, si è chiarito che è rappresentato *“da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale*

¹²³ Sul punto vedi Caia, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. – CdS*, 2004, p. 1136; Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2000, p. 1461 e ss. Si rifà ad un criterio quantitativo anche Ursi, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, nota a Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, n. causa C-458/03 e a Corte di giustizia CE, 21 luglio 2005, n. causa C-231/03, in *Foro it*, 2006, IV, IV, c. 79 e ss. che, tuttavia, usa come riferimento l'art. 23 della Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.

¹²⁴ Così Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719. In senso analogo, cfr. sentenza della Corte del 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei e Comune di Busto Arsizio*.

controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni”.¹²⁵ A tal fine, è irrilevante tanto chi remunera le prestazioni dell’impresa in questione - potendo trattarsi sia dell’ente controllante sia di terzi utenti di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente – tanto il territorio nel quale sono erogate tali prestazioni.

Significativo sul punto, inoltre, un recente arresto della Consulta, la quale, nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale di una legge provinciale, rileva come le norme oggetto del giudizio prescrivano che *“la rilevanza dell’attività (...) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate”*.

I giudici di legittimità considerano che in tal modo la legge in questione restringe il criterio di valutazione ai soli *“dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto in house possa considerarsi “attivo” sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell’attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all’entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate. Nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la*

¹²⁵ Sentenza della Corte, 11 maggio 2006, cit..

propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente”.¹²⁶

Infine, è opportuno dare atto di un particolare risvolto applicativo dei principi in tema di *in-house* che riguarda il tema del cd. controllo frammentato. Può infatti accadere che la società affidataria sia partecipata da una pluralità di enti pubblici, che congiuntamente esercitano il controllo, ma in maniera frazionata, ossia ciascuno *pro-quota*.

Simile situazione di fatto ha portato gli interpreti a valutare in che modo i principi del controllo analogo e dell'attività prevalente possano declinarsi in relazione a tale fattispecie. In tali casi, è necessario sviluppare un'indagine specifica, al fine di verificare i poteri che il singolo azionista è in grado di esercitare sulla società affidataria, in relazione allo specifico servizio affidato, essendo non sufficiente la mera constatazione di una proprietà pubblica.

In tale direzione si è mossa la giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, che ha adottato diversi criteri

¹²⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 439 del 23.12.2008, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12.

interpretativi. In particolare, la sentenza *Tragsa*¹²⁷ ha riconosciuto sussistente il requisito del controllo analogo, come riferito a quattro enti locali che, complessivamente, detenevano appena l'1% del capitale sociale di una società, che, per la restante parte, rimaneva partecipata al 99% dallo Stato spagnolo.¹²⁸

Di recente, il problema del riconoscimento del controllo analogo in presenza di società controllate da una molteplicità di enti locali è stato affrontato e risolto dalla giurisprudenza nazionale che ha riconosciuto la legittimità dell'affidamento *in house* ad una società partecipata da una pluralità di enti locali, essendo sufficiente non tanto il requisito di una partecipazione totalitaria individuale, ma piuttosto che gli enti possano esercitare a maggioranza il controllo sulla società affidataria.¹²⁹

Tale sviluppo sottende la concezione per cui il “controllo analogo” può esercitarsi collettivamente, all'interno degli organi sociali, mediante deliberazioni a maggioranza dei rappresentanti degli enti locali. In tal modo, l'accento del controllo viene spostato non tanto sulla totalità, quanto sull'effettività dello

¹²⁷ Corte di Giustizia CE, sentenza del 19 aprile 2007, *cit.*, che si discosta, sul punto, dalle conclusioni dell'A.G.

¹²⁸ Ma *contra*, nella sentenza *Coname* (sentenza della Corte del 21 luglio 2005), nel caso di affidamento con modalità *in house* del servizio avente ad oggetto la gestione, la distribuzione e la manutenzione dell'impianto di distribuzione del gas metano ad una società a prevalente capitale pubblico, detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Il Comune affidante deteneva una partecipazione dello 0,97%, che è stata ritenuta insufficiente a fondare il controllo analogo.

¹²⁹ Consiglio di Stato, sentenza n. 5082 del 26.8.2009.

stesso, che ben può derivare dall'essersi i soci riservati poteri di controllo e di approvazione preventiva di tutti gli atti più rilevanti della società, ancorché esercitabile congiuntamente nell'assemblea dei soci.¹³⁰

Per quanto attiene al requisito dell'attività prevalente, la Corte di Giustizia ha avuto modo di riferire l'apprezzamento di tale requisito ai vari enti pubblici esercitanti congiuntamente il controllo. In particolare, è stato affermato come, *“nel caso in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività può ricorrere qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente locale ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti locali è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti”*.¹³¹

¹³⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1365 del 9.3.2009. Per gli orientamenti precedenti, si veda la sentenza 19 febbraio 2004, n. 679, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 193 e ss (Ursi, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*) che ha riconosciuto il controllo analogo in capo ad una società partecipata solo al 3% dall'ente locale affidante e 22 dicembre 2005, n. 7345, in base al quale *«il problema della sussistenza del “controllo analogo” si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria»*. Vedi anche, TAR Toscana, 28 luglio 2004, n. 2833, che ha escluso il controllo analogo in presenza di una società partecipata in via indiretta e in misura assolutamente minoritaria dal comune affidante e TAR Lombardia, sezione distaccata di Brescia, 16 marzo 2006, n. 301, che ha escluso il controllo analogo in presenza di una partecipazione dell'1,96 %.

¹³¹ Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, cit.

Inoltre, con riferimento alla possibile apertura del capitale sociale, un recente indirizzo giurisprudenziale ha ribadito che la mera previsione di una futura partecipazione non esclude la sussistenza di un controllo analogo se, al momento della deliberazione – da intendersi come momento rilevante giuridicamente per la valutazione di legittimità dell'affidamento – sussiste il requisito in esame.¹³² Tale orientamento, che tempera le previsioni ben più rigide contenute nelle precedenti decisioni *Teckal* e *Parking Brixen*, fatica a trovare compiuto riconoscimento a livello nazionale. Da ultimo, infatti, si è sostenuto che “*il presupposto della proprietà pubblica e della totalità del capitale sociale deve sussistere al momento genetico del rapporto e per tutta la durata del rapporto, garantito da appositi e stabili strumenti giuridici, quale il divieto di cedibilità delle azioni ad opera dello statuto*”.¹³³

1.8.3 L'art. 23-bis e l'affidamento in-house

L'art. 23-bis, oltre a richiamare le condizioni di legittimità della giurisprudenza comunitaria, ha il pregio di specificare i caratteri dell'*in-house*, prevedendo i presupposti tipici perché si

¹³² Corte di Giustizia, sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07; conforme alla sentenza della Corte del 18 luglio 2008, causa C-371/05.

¹³³ Consiglio di Stato, sentenza n. 591 del 3 febbraio 2009.

possa ricorrere a tale tipologia di affidamento. Tali ulteriori requisiti, sostanziali e procedurali, appaiono funzionali all'esigenza di *“porre un sostanziale limite all'uso distorto del meccanismo dell'affidamento in house, il quale, originariamente inteso a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti, nella prassi è stato sempre più utilizzato come modalità di elusione del necessario confronto concorrenziale attraverso procedure di gara”*.¹³⁴

Nella specie, la scelta di procedere ad un affidamento diretto deve avere *“adeguata pubblicità”* e deve essere *“motiva[ta] in base ad un'analisi di mercato”*, la quale dimostri l'esistenza di quelle *“situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”*. Sussistendo tali presupposti, e prima di procedere all'affidamento, l'ente deve presentare apposita relazione all'AGCM, la quale si esprimerà in sessanta giorni, decorsi inutilmente i quali il parere si riterrà acquisito (commi 2 e 3, art. 23-bis).

Si tratta, cioè, di un parere obbligatorio e preventivo, seppur non vincolante, che attribuisce un ruolo di significativa influenza all'AGCM nella materia dei servizi pubblici. Infatti, un

¹³⁴ Così si esprime, *ex multis*, Pallotta, *op.cit.*, pag. 234.

parere negativo non solo darà luogo ad un obbligo di motivazione particolarmente impegnativo, ma, soprattutto, assumerà indubbiamente rilievo in sede giurisdizionale, in caso di impugnazione della scelta di procedere all'affidamento *in-house*.¹³⁵

Attraverso l'introduzione di simili regole, il legislatore ha operato nel senso di limitare, in chiave di controllo, l'autonomia dell'ente locale affidante che si manifesta al momento della scelta del modulo organizzativo da adottare in presenza di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per far ciò, ha conferito all'Autorità garante il rilevante compito di esprimere un parere in merito all'esistenza della situazione di eccezionalità del contesto territoriale di riferimento.

L'ente locale, quindi, sarà chiamato ad una verifica puntuale, da compiersi mediante apposita analisi di mercato, della possibilità che il mercato su cui il servizio incide sia già di per sé capace di offrire i servizi che l'ente locale intende affidare in via diretta, alle stesse condizioni offerte dalla società *in house*.

Nel dettaglio, è verosimile ritenere che l'analisi di mercato debba implicare un momento di confronto con gli operatori del mercato, in relazione alle specifiche esigenze della pubblica

¹³⁵ Così, Tassarolo, *op. cit.*, pag. 3 e Scarafiocca, *op. cit.*, pag. 4. Vi è chi ritiene che tramite il parere, l'AGCM eserciti in fatto "una forma di controllo delle scelte operate dagli enti locali", contraria alla completa autonomia riconosciuta loro dalla legge cost. n. 3/2001 (Furno, *La riforma, cit.*, pag. 4).

amministrazione, non essendo sufficiente uno studio unilaterale condotto dall'ente affidante.

Quindi, in presenza di operatori privati che, a seguito dell'analisi, risultano (potenzialmente) attivi nell'offerta del servizio oggetto di affidamento, difficilmente l'ente locale potrà ricorrere alla procedura *in house*. Il disposto normativo – unitamente alla prima esperienza applicativa dell'AGCM, su cui *infra* – permette di concludere che la mera presenza di un operatore privato in grado di offrire le stesse/migliori condizioni contrattuali della società controllata, infatti, dovrebbe imporre il ricorso alla gara.

Nel caso in cui l'analisi di mercato dovesse avere un esito diverso, ossia nel senso di un'assenza di operatori privati interessati ad offrire il servizio, si dovrà operare un ulteriore esame del contesto di riferimento, al fine di valutare la presenza di (una delle) particolari condizioni (territoriali, economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche).

Il limite di simili analisi e valutazioni ad opera dell'Autorità – che, come si vede, possono potenzialmente costituire un ostacolo considerevole all'azione degli enti locali - dovrebbe essere individuato nell'impossibilità di ingerirsi nell'autonomia organizzativa dell'ente. Pertanto, in chiave prospettica, si potrebbe ritenere che il giudizio sulle caratteristiche

territoriali, sociali o economiche che determinano l'impossibilità di ricorrere al mercato debba limitarsi ad un vaglio sull'assenza di pretestuosità delle stesse, ossia in termini di manifesta infondatezza o erroneità in fatto.

I pareri dell'AGCM hanno finora adottato un atteggiamento particolarmente restrittivo sul tema. In particolare, sono stati largamente negativi, evidenziando come non ricorressero quelle situazioni di eccezionalità.¹³⁶

Appare, infatti, non sufficiente per l'ente locale riferirsi semplicemente a argomentazioni comparative con riferimento a quanto accade in altri comuni o province, ovvero basate sull'*id quod plerumque accidit*, dovendo piuttosto procedere ad una "compiuta consultazione del mercato, finalizzata a verificare l'eventuale presenza di operatori in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento".¹³⁷

Con riferimento al requisito della pubblicità, si è avuto modo di precisare come questa sia estremamente rilevante per la legittimità dell'affidamento, dovendo la stessa essere "adeguata al valore alla rilevanza del servizio oggetto di affidamento".¹³⁸

¹³⁶ Per una disamina dei pareri adottati nel primo anno e mezzo di applicazione, vedi Delia S., *In-house e servizi pubblici: cosa resta del modello dopo il vaglio dell'AGCM*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 9/2010.

¹³⁷ AGCM, parere del 19.2.2010, n. AS684. Cfr., anche i pareri del 20.5.2009, n. AS544; 19.11.2009, n. AS652; 28.7.2009, n. AS594.

¹³⁸ AGCM, parere 8.2.2010, n. AS677.

Il Regolamento ha poi introdotto delle soglie in relazione alle quali l'affidamento “*non appare in grado di incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato, in ragione della sua ridotta dimensione in termini di popolazione interessata e dell'esiguo valore del servizio*”.¹³⁹ Al riguardo, il comma 4-*bis*, dell'art. 23-*bis*, aveva previsto che il Regolamento dovesse prevedere delle soglie di “*rilevanza ai fini dell'espressione del parere [dell'AGCM]*”. L'art. 4 del Regolamento fissa la “*somma complessiva di 2000.000 euro annui*”, come valore al di sopra del quale è obbligatorio la richiesta del parere in questione.¹⁴⁰

Tale soglia è apparsa necessaria in ragione della circostanza per cui gli oneri sostanziali e procedurali fissati dall'art. 23-*bis*, possono rappresentare in determinate situazioni un costo per l'ente addirittura superiore al valore economico del servizio oggetto di affidamento.¹⁴¹

Ma il parere dell'AGCM assume più ampia rilevanza nella misura in cui, anche incidentalmente, la stessa autorità può invero soffermarsi a verificare delle condizioni sostanziali di praticabilità

¹³⁹ AGCM, parere del 10.11.2009, n. AS621 e dell'11.11.2009, n. AS644.

¹⁴⁰ Inizialmente, la bozza di Regolamento prevedeva una duplice soglia, espressa anche in termini di popolazione, escludendo la necessità del parere nel caso in cui fosse superiore ai 50.000 abitanti.

¹⁴¹ Vedi, al riguardo le considerazioni di Arnaudo, *op. cit.*, pag. 362 e ss.

dell'affidamento *in-house*, tra cui, in particolare, la possibilità di configurare il servizio come “servizio pubblico”.¹⁴² Pur esulando dall'oggetto specifico del parere di cui all'art. 23-*bis*, l'AGCM si concentra anche su tale aspetto, aggiungendosi alla già nutrita schiera di interpreti del diritto che tentano di fornire una risposta adeguata all'interrogativo definitorio.¹⁴³

Al di là del giudizio positivo in relazione alla volontà di arginare il fenomeno di proliferazione invalso negli ultimi anni - che ha visto gli enti locali procedere ad affidamenti *in house* anche in assenza dei requisiti previsti dal diritto comunitario -, la norma - e la prassi dell'AGCM come finora sviluppatasi - sembra in tal senso estremamente sanzionatoria, introducendo oneri e condizioni addirittura ultronei rispetto a quelli affermati dai giudici comunitari. In particolare, ci si riferisce all'imposizione di un'analisi di mercato *ad hoc*, che sembra limitare l'esercizio di una discrezionalità in merito all'affidamento diretto, riconosciuto dalla stessa giurisprudenza *Teckal*.¹⁴⁴

¹⁴² Si veda, ad esempio, il caso del servizio di riscossione dei tributi, della gestione del calore, supporto tecnico per il cd “Bollino Blu”, gestione e custodia del verde pubblico (pareri n. AS583/2009, AS584/3009, AS598/2009, AS568/2009).

¹⁴³ Alcuni autori descrivono quello dell'AGCM come “*ruolo cruciale*”, nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali; cfr. Cintioli, *op. cit.*, pag. 31.

¹⁴⁴ In particolar modo, si è notato che il regime dell'affidamento *in house*, così come disciplinato dall'art. 23-*bis* potrebbe precludere l'accesso al mercato e la loro permanenza alle società totalmente pubbliche; cfr. Capicotto, *Nuove regole per i servizi pubblici locali*, 2/2010, disponibile alla pagina: www.dirittodeiservizipubblicit.it; nello stesso senso, v. anche Cintioli, *op. cit.*,

Infine, l'intrinseco disfavore per la forma di affidamento diretto emerge anche dalle cd. misure asimmetriche previste dal comma 9, dell'art. 23-*bis*. Con tale norma viene infatti vietato alle società che siano affidatarie *in house* di poter ottenere un affidamento – anche tramite gara – di ulteriori servizi, ovvero degli stessi, ma in ambiti territoriali diversi, ovvero ancora di svolgere attività in favore di altri enti pubblici. Il divieto vale anche per la società mista affidataria di un servizio, ma non si applica “*al socio selezionato ai sensi della [gara]*” (comma 9, art. 23-*bis*).

1.9. segue: il regime transitorio

Di non minore importanza risulta, infine, il regime transitorio previsto dall'art. 23-*bis*, comma 8, nella misura in cui determina il destino degli affidamenti esistenti alla data di entrata in vigore dell'art. 23-*bis* (i.e. alla data del 22.8.2008). Il regime transitorio, in particolare, prevede scadenze diverse, per ciascuna modalità di affidamento in essere, in base alla loro maggiore o minore conformità al modello legittimo previsto dal legislatore.¹⁴⁵

pag. 32. Analogamente, si ritiene che il nuovo regime “*si spinge oltre l'ordinamento comunitario*”, violando il principio di neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata (Furno, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Giustizia Amministrativa*, 9/201, pag. 4).

¹⁴⁵ Per una descrizione di tale regime transitorio, cfr. Cintioli, *op. cit.*, pag. 21; Tessarolo, *op. cit.*, pag.2 e ss e Scarafiocca, *op. cit.*, pag. 4.

Per ciò che concerne gli affidamenti *in house* in corso alla data del 22.8.2008, pur se conformi ai principi comunitari, “cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione” alla data del 31.12.2011.¹⁴⁶

In tale ipotesi, è prevista la possibilità per la gestione di proseguire fino alla naturale scadenza contrattuale, qualora si proceda all'affidamento del servizio secondo le modalità della società mista. In altre parole, l'ente pubblico deve cedere almeno il 40% della quota della società affidataria *in-house* ad un socio privato, secondo il meccanismo della gara doppio oggetto descritto *supra*, ossia scegliendo il socio privato anche in base agli “specifici compiti operativi” che gli si intendono devolvere (comma 8, lett. a), art. 23-bis).

Al contrario, se le gestioni *in-house* non rispettano nemmeno i requisiti comunitari, la loro scadenza è anticipata al 31.12.2010 (comma 8, lett. e), art. 23-bis).

Con riferimento alle società miste affidatarie della gestione di un servizio pubblico locale alla data del 22.8.2008, qualora l'affidamento non sia avvenuto per mezzo di gara, l'affidamento è destinato a terminare entro il 31.12.2010 (comma 8, lett. e), art.

¹⁴⁶ Perplessità sono espresse per tale cessazione, si tratterebbe infatti di provvedimenti ablatori, da associare eventualmente con adeguati indennizzi a fronte di legittimi affidamenti degli stessi, che esplicano effetti in relazione a attività dei privati pienamente lecite al momento in cui sono state poste. Vedi, sul punto, le riflessioni di v. Cintioli, *op. cit.*, pag. 32 e Furno, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pag. 4.

23-bis). Qualora invece, la gara sia stata espletata, ma la stessa non abbia avuto come oggetto “*al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio*”, le società miste cessano alla data del 31.12.2011 (comma 8, lett. *b*), art. 23-bis).

Possono invece proseguire fino alla scadenza prevista nel contratto di servizio le società miste conformi al regime della gara a doppio oggetto (comma 8, lett. *c*), art. 23-bis). Al riguardo, in dottrina si è ritenuto che, oltre al profilo formale dell’oggetto della gara, si dovesse andare a vedere il requisito sostanziale in base al quale sussistono specifici patti parasociali o accordi di governance che conferiscono al socio privato la responsabilità della gestione del servizio pubblico locale.¹⁴⁷

Infine, peculiare disciplina transitoria è riservata alle società a partecipazione pubblica quotate in borsa che siano affidatarie dirette di servizi pubblici locali. In tal caso, esigenze di tutela del risparmio e della stabilità finanziaria della stessa permettono di mantenere gli affidamenti in essere sino alla fine del contratto di servizio, “*a condizione che la partecipazione pubblica si riduca progressivamente [...] ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2103 e non superiore*

¹⁴⁷ Cfr. Scarafiocca, *op. cit.*, pag. 3, secondo il quale, argomentando diversamente, la quasi totalità delle società miste sarebbero destinate a cessare entro il 31.12.2011.

*al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015” (comma 8, lett. d), art.
23-bis).*

CAPITOLO SECONDO

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO: I SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA STATO E MERCATO

Sommario: **2.1.** Premessa **2.2.** Le tipologie del partenariato pubblico-privato **2.3.** PPP e finanziamento dei servizi pubblici locali **2.4.** Le società miste e la tutela della concorrenza **2.5.** I principi comunitari nella scelta del contraente **2.6** Il *Project financing*: uno strumento di finanza innovativa

2.1. Premessa

Come osservato nel capitolo precedente, negli ultimi anni è cresciuta la consapevolezza della necessità di adottare modelli di gestione dei servizi pubblici che coinvolgessero le risorse derivanti dalla libera iniziativa privata, muovendosi in ottica di sussidiarietà, verso una collaborazione più intensa con le imprese private. In tale scenario, il partenariato pubblico-privato (nel seguito, anche “PPP”)¹⁴⁸ rappresenta un utile strumento al fine di trovare soluzioni applicative e gestionali tese a rendere più efficiente l’esecuzione dei compiti pubblici gravano sullo Stato e per promuovere la modernizzazione dell’amministrazione.

Infatti, l’utilizzo di strumenti di cooperazione tra enti pubblici ed imprese private, tanto a livello nazionale quanto a livello locale, ha rappresentato nel corso del tempo un’inevitabile risposta all’improcrastinabile urgenza di dover assicurare adeguati

¹⁴⁸ Per una analisi del fenomeno relativo all’incremento dell’utilizzo delle PPP negli ultimi anni si rimanda alla consultazione dei dati riportati dall’Osservatorio Nazionale sul Partenariato Pubblico-Privato. L’Osservatorio ha monitorato il mercato del PPP dal 2002 al 2009 rilevando come con i suoi 4.942 milioni di euro di investimenti il Lazio si collochi, per l’intero periodo, al terzo posto dopo la Lombardia che ha avviato gare per oltre 8 miliardi e 800 milioni e la Sicilia con oltre 6 miliardi. Mediamente la spesa per il PPP attivata negli otto anni considerati è stata di 2.255 milioni. Si cfr. www.rm.camcom.it.

livelli di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa¹⁴⁹. Del resto, l'“invadenza” del settore pubblico nello svolgimento di attività economiche ha, in passato, dato luogo a fenomeni di inefficienza finanziaria, peraltro non adeguatamente sostenuti dal raggiungimento di un elevato livello qualitativo dei servizi forniti. In tale contesto, si è dunque assistito alla diffusione di forme di privatizzazione in settori che precedentemente erano di esclusivo appannaggio dello Stato¹⁵⁰.

¹⁴⁹ I principi di economicità, efficienza ed efficacia della P.A. sono di conio costituzionale: infatti, l'art. 97 della Cost. sancisce che “ *I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*”. Per un commento sui principi costituzionali sulle pubbliche amministrazioni si veda B. RAGANELLI, *Amministrazioni pubbliche- principi costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore – Diritto amministrativo*, 2007; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione: documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Giappichelli, Torino, 2002; M.S. GIANNINI, voce *Amministrazione pubblica, premessa storica*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁵⁰ Pare, all'uopo, necessario menzionare il processo di privatizzazione che ha interessato le Ferrovie dello Stato o delle Poste Italiane, entrambe trasformate in S.p.A., processo avvenuto nel 1992 per le ferrovie e nel 1998 per le poste. Le nuove gestioni sono state più attente al mercato e alla domanda, pur conservando l'ottica monopolistica, mentre i servizi, caratterizzati da maggiore socialità, sono stati progressivamente collocati in secondo piano nelle priorità aziendali. I manager di poste e ferrovie hanno compreso che lo Stato azionista, pressato dalle esigenze di finanza pubblica, aspirava principalmente ad una maggiore attenzione per i bilanci, senza tuttavia mettere in discussione l'assetto monopolistico dei mercati. Questa è stata la causa della metamorfosi: in mercati monopolistici una maggiore redditività si persegue sfruttando il potere di mercato e aumentando i prezzi, cioè soddisfacendo prioritariamente e a tariffe più alte i consumatori con maggiore disponibilità di spesa. Infatti, da un modello anni '50-'80, le cui priorità erano le esigenze dei consumatori più deboli e meno abbienti, che potevano anche essere soddisfatte con la bassa qualità dei servizi purché con basse tariffe, si è giunti ad un nuovo modello nel quale le aziende inseguono, come se fossero monopolisti privati, la clientela più ricca. Sul tema si veda inoltre R. MICCÙ, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, (a cura di) V. ATRIPALDI, G. GAROFANO, C. GNESUTTA, P. F. LOTITO, Padova, 1998, il quale sottolinea lo stretto nesso tra la crisi politico-istituzionale e quella economica. Si veda, inoltre, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 1996.

Già a partire dall'inizio degli anni '90 l'interesse pubblico si è rivolto verso forme di cooperazione con il privato, al precipuo fine di poter rispondere all'esigenza di individuare nuove modalità di finanziamento degli investimenti in infrastrutture, nonché al fine di introdurre maggiore flessibilità, managerialità ed imprenditorialità nella progettazione, realizzazione e gestione degli investimenti pubblici¹⁵¹. Nel contempo, tuttavia, si è ricercato un equilibrio tra le esigenze dello Stato di mantenere il governo ed il coordinamento strategico dei processi di investimento e la necessità di coinvolgere dei soggetti privati (società di *engineering* e di progettazione, imprese costruttrici, imprese di servizi e banche) nei processi di realizzazione e di finanziamento.

L'affermarsi di forme di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato hanno contribuito a favorire, da un lato, un maggior coinvolgimento di attori privati nell'espletamento di compiti pubblici, da un altro, la diffusione nelle forme dell'*agere* pubblico di moduli di azione tipicamente privatistici.

Il coinvolgimento del capitale privato ha consentito all'ente pubblico di esternalizzare taluni compiti che altrimenti avrebbe dovuto assolvere internamente, al contempo procurando un più agevole accesso a competenze specifiche e a risorse in grado di introdurre uno stimolo concorrenziale nel mercato locale. Simmetricamente, il PPP si è tradotto in un'opportunità per l'impresa privata di accrescere le proprie attività lavorative e innescare una serie di relazioni economiche, sociali e commerciali con la pubblica amministrazione.

¹⁵¹ In tal senso si vedano le riflessioni raccolte nel volume a cura di M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005.

Infatti, dal punto di vista degli operatori privati, le ragioni per attivare una forma di cooperazione con la pubblica amministrazione possono ravvisarsi nelle prospettive di profitto ricavabili, in qualità di *partner* privato, tramite l'offerta di un prodotto o servizio sul mercato, che, in assenza di contributi economici pubblici, sarebbe più difficile fornire.

Si è, dunque, creata una terza via in cui – diversamente dall'impostazione tradizionale che si fondava su una rigida alternatività tra produzione di beni da parte del settore privato ovvero da parte del settore pubblico – lo Stato e le imprese private collaborano per fornire un bene o servizio pubblico ai cittadini. In tal modo si combinano i valori propri del settore pubblico con le qualità dei soggetti attivi sul mercato.

Pertanto, come si vedrà *amplius* nel seguito, il PPP può in generale considerarsi come una collaborazione tra soggetti pubblici e privati, con carattere di durabilità, ai fini della produzione e fornitura di beni e servizi e mediante una condivisione dei relativi rischi, costi e benefici.

In altre parole, il PPP marca il passaggio da un modello di Stato che provvede alla produzione ed erogazione di beni e servizi, si passa ad uno Stato regolatore, ossia coordinatore e finanziatore di beni e servizi. In tale ambito, allo Stato spettano le decisioni in merito a quali compiti e servizi garantire; quali soggetti devono provvedere all'erogazione dei servizi (*make or buy decision*), nonché le funzioni di controllo sull'erogazione del servizio¹⁵².

¹⁵² Sulla tematica del controllo dello Stato nelle società si ricordi il Ministero delle Partecipazioni Statali, organo del governo addetto alla supervisione ed alla gestione delle partecipazioni statali nell'economia italiana, istituito nel 1956 e soppresso nel 1993. Senza voler procedere ad una analisi politica successiva alla sua soppressione, si rileva come l'assenza di un controllo governativo sulle partecipazioni statali abbia senza dubbio arrecato un danno al sistema Paese in quanto, con la summenzionata soppressione,

Senza dubbio, quindi, i diversi modelli di PPP, che si caratterizzano anche per l'utilizzo di procedure di aggiudicazione più snelle e flessibili¹⁵³, rappresentano un fattore fondamentale per la competitività di un Paese, specie in considerazione della potenziale quantità di risorse che sono in grado di coinvolgere. Ciò introduce l'ulteriore tema dell'inquadramento normativo delle modalità di PPP, che si confronta necessariamente con delicate questioni, come quelle relative al livello della competenza legislativa e al conseguente intreccio delle discipline comunitarie e nazionali che caratterizzano la disciplina dei PPP.

2.2 Le tipologie del partenariato pubblico-privato

La nozione di PPP non riceve una compiuta definizione né a livello comunitario né a livello nazionale, benché si possano individuare alcuni indici rivelatori nel primo *Libro Verde* della Commissione europea in tema di “*Partenariati pubblico-privati*”, nonché nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.¹⁵⁴ In questa sede, al fine di procedere ad una

anche il Parlamento, quale organo sovrano della volontà popolare, ha perso il suo potere di indirizzo e controllo sulle “società privatizzate” con un conseguente *vulnus* al sistema dei controlli sull'economia.

¹⁵³ Rientrano a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione dei lavori, la concessione dei servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento dei lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare, altresì, tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Inoltre, fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1 bis, del Decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31 alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

¹⁵⁴ Commissione Europea, “*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”, Bruxelles, 30.4.2004 (COM(2004)327).

comprensione generale e operativa della nozione, il PPP viene considerato come “*un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche*”, riconoscendo alle amministrazioni “*la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali*”.¹⁵⁵

La rilevanza del contributo apportato dal *Libro verde sul partenariato pubblico-privato* risiede nello sforzo di affrontare, in modo sistematico e comprensivo, la questione della disciplina giuridica delle varie forme di partenariato, a fronte di lacune ed incongruenze presenti tanto nel diritto comunitario quanto nei diritti degli Stati membri. In tal senso, il rapporto della Commissione e le proposte che ne conseguono rappresentano un importante punto di riferimento per un inquadramento della figura del PPP.

Con il termine “*partenariato pubblico-privato*”, infatti, la Commissione intende riferirsi a quelle “*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio*”¹⁵⁶.

I modelli gestionali riconducibili nell’alveo delle PPP, che *in primis* si caratterizzano per una sinergia tra settore pubblico e privato di lunga durata, sono fondati su una suddivisione razionale dei ruoli tra i *partner* coinvolti. In particolare, all’autorità pubblica

¹⁵⁵ Come ricostruito da Carmine Volpe, “*In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*”, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2008, pag. 3.

¹⁵⁶ *Libro Verde*, cit., par. 1, ripreso dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n.1, in *Riv. Corte Conti* 2008, 2, 324, par. 9.

è riservata la definizione degli obiettivi da realizzare, considerando l'interesse pubblico che si vuole perseguire, i livelli di qualità che i servizi offerti debbono possedere, nonché la politica dei prezzi, ed il controllo sul conseguimento di tali obiettivi, mentre al *partner privato* è affidata la partecipazione attiva alle varie fasi del progetto.¹⁵⁷

A fronte della molteplicità e diversità delle varie forme applicative che tali rapporti di cooperazione possono assumere, la Commissione sulla base della prassi esaminata, ha ricondotto il partenariato pubblico-privato in due modelli-tipo, ossia quello “*contrattuale*” e quello “*istituzionale*”.

Il primo - quello contrattuale¹⁵⁸ - si fonda su legami esclusivamente convenzionali tra le amministrazioni ed i privati per l'affidamento dell'opera pubblica, richiamando le figure a noi note della concessione di lavori pubblici¹⁵⁹ e del *project financing*¹⁶⁰ (art. 143 e ss. e 153 e ss del D. Lgs. N. 163/2006).

¹⁵⁷ A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1204.

¹⁵⁸ Così si esprime la Commissione nel *Libro Verde* finora citato “ *Il termine PPP di tipo puramente contrattuale riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazione, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato. In questo contesto, uno dei modelli più conosciuti, spesso denominato “modello concessorio”, è caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, “in luogo”, ma sotto il controllo, del partner pubblico. Il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica*” (par. 22).

¹⁵⁹ In tale ipotesi è previsto che, *in primis*, la P.A. predisponga la progettazione preliminare e, successivamente, che i soggetti privati predispongano la progettazione definitiva ed esecutiva, interessandosi della gestione. Da un'analisi preliminare è possibile evidenziare che tra i vantaggi di questo modello, da un lato, vi è il forte contenimento sul versante della spesa per la P.A., dall'altro, l'abbattimento di costi di transazione visto che l'*iter* di aggiudicazione risulta essere molto più semplificato rispetto alla

In tale tipologia, particolare rilievo è assunto dal PPP concessorio, che si distingue in ragione dell'esistenza di instaurare un legame diretto tra il soggetto privato e l'utente finale, fornendo un servizio al pubblico in sostituzione e sotto il controllo della parte pubblica. Il modello si caratterizza anche per le modalità di retribuzione del privato, che trae il compenso da quanto riscosso dagli utenti del servizio.¹⁶¹

procedura ad iniziativa privata. Tuttavia, sotto il profilo delle criticità, è possibile evidenziare una possibile inadeguatezza economica/tecnica della P.A. a redigere la progettazione preliminare e le ripercussioni, in termini di scarso *appeal* economico, per gare bandite in assenza di uno specifico studio di prefattibilità.

¹⁶⁰ In tale caso, la P.A. sollecita il mercato degli operatori privati ponendo a base di gara uno studio di fattibilità; successivamente, i privati predispongono un progetto preliminare e, dopo l'aggiudicazione, fissano i restanti livelli di progettazione, realizzazione e gestione. Interessante, sotto il profilo delle ulteriori opportunità, è la possibilità che soggetti privati possano farsi parte propulsiva presentando studi di fattibilità all'amministrazione per incentivare la successiva messa a gara. Tra gli aspetti positivi è possibile rilevare come la fase progettuale sia affidata interamente al soggetto privato; questo implica che una "promozione" delle iniziative da parte degli operatori privati spinge verso un processo di minimizzazione dei costi di realizzazione, e quindi, verso la realizzazione di progetti economicamente sostenibili e fattibili. Tuttavia, considerata la complessità della procedura, tra gli aspetti negativi non può non menzionarsi il rischio di dilatarsi dei tempi.

¹⁶¹ Fra i differenti modelli ricompresi all'interno del PPP contrattuale si ha innanzitutto lo schema tradizionale di appalto di lavori pubblici, in cui la responsabilità delle diverse attività è totalmente pubblica. In questo caso, infatti, l'amministrazione affida al privato, attraverso una gara, la sola realizzazione dell'infrastruttura mentre gestione e finanziamento restano a carico dell'amministrazione. Vi è, poi, un secondo schema indicato con l'acronimo BOT (*Build Operate and Transfer*) che costituisce una variante del contratto di concessione in cui il soggetto privato progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura, ma con finanziamenti pubblici che possono essere finanziamenti comunitari, nazionali e regionali nonché finanziamenti erogati dalla Banca Europea degli Investimenti. In questo schema rientra anche il cosiddetto contratto "Chiavi-in-Mano". Il terzo schema è lo schema di concessione DBFO (*Design, Build, Operate and Transfer*) ossia il contratto con il quale il partner privato progetta, costruisce, finanzia e gestisce l'infrastruttura, la proprietà dell'opera resta pubblica per tutto il periodo della concessione mentre il partner privato detiene solo il possesso dell'infrastruttura stessa nel periodo concessorio. In questo schema contrattuale sono ricompresi anche la concessione di servizio e il cosiddetto BOOT (*Build Own Operate Transfer*), variante della concessione, in quanto il privato costruisce e nel periodo della concessione è anche titolare del diritto di

L'altra macro-tipologia è rappresentata dal partenariato di tipo "istituzionale", il quale implica una cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno ad un'entità distinta.¹⁶² Specificamente, il PPP di tipo istituzionale presuppone l'esistenza di una struttura societaria (o, appunto, istituzionale), la quale sia "detenuta congiuntamente" dal soggetto pubblico e da quello privato e che svolga precipuamente la funzione di fornire un'opera o di un servizio a favore della collettività; in tale tipologia rientra il modello "più conosciuto" di PPP, ossia la società mista.¹⁶³ Come già visto nel capitolo precedente, la pubblica amministrazione si è avvalsa del modello della società mista prevalentemente per la gestione di servizi pubblici a livello locale (vedi, *amplius*, il paragrafo successivo).

A fronte di tale categorizzazione, si deve altresì rilevare come le forme di partenariato pubblico-privato non riguardino solo le iniziative per infrastrutture e servizi e nemmeno si esauriscano nelle due categorie giuridiche considerate dal *Libro Verde*, ossia i partenariati "contrattuali" e "istituzionalizzati". Al riguardo, basti pensare alle sempre più diffuse situazioni in cui "i privati [sono] preposti all'esercizio di attività amministrative" (secondo la terminologia dell'art. 1, comma 1-ter, legge n. 15/2005) e, più in generale, alle forme di sussidiarietà

proprietà sull'immobile; lo stesso privato al termine della concessione ritrasferisce nuovamente l'immobile all'Amministrazione. Oltre lo schema tradizionale di appalto di lavori pubblici in cui la responsabilità, come detto, è totalmente pubblica, si ha poi l'ultimo schema che è un contratto totalmente privato, in cui l'opera è privata, quindi, il privato progetta, realizza, finanzia e gestisce l'opera, ma l'opera resta del privato. Tutti gli schemi illustrati sono stati pubblicati nelle linee guida della Commissione europea per il successo del PPP del marzo del 2003 ("*Guidelines For Successful Public-Private Partnerships*").

¹⁶² Cfr. *Libro Verde*, cit., par 53 e ss.

¹⁶³ Così, Cons. Stato, sentenza 1/2008, cit, par. 9.

orizzontale¹⁶⁴, ovvero ancora alle “*autonome iniziative dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*” (art. 118 Cost.), che permettono di osservare come, nella realtà, “*la sostituzione dei privati alla pubblica amministrazione non determina separatezza dall’amministrazione pubblica, ma originali forme di partenariato segnate da convenzioni, accordi e responsabilità*”¹⁶⁵.

In estrema sintesi, il tentativo della Commissione con il *Libro Verde* ha il meritevole pregio di inquadrare in modo unitario molte delle problematiche che compongono il tema del partenariato pubblico-privato, lasciando in disparte un approccio casistico invalso nelle prassi nazionali.

¹⁶⁴ Nel nostro ordinamento il principio di sussidiarietà orizzontale, prima dell’entrata in vigore della l. 3/2001 modificativo dell’articolo 118 C., era già espressamente richiamato dall’art. 4, comma 3, l. 59/1997 (prima “legge Bassanini”). Anche il Testo Unico sugli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 3, quinto comma) con una formulazione analoga stabilisce che “*i Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*”. Pertanto dall’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale discende che tutti gli enti pubblici rappresentativi, elencati nell’art. 118, comma 4, Cost. nel momento in cui decidono di tutelare un diritto sociale debbono preferire l’azione dei cittadini singoli o associati e solo dopo aver accertato la necessità di un intervento pubblico possono attribuire a sé o ad altro ente rappresentativo la tutela di quel diritto. Il carattere innovativo del suddetto principio sta proprio nel fatto che il flusso delle informazioni e delle decisioni che tradizionalmente partiva dalle amministrazioni si inverte: diventa il cittadino, come singolo o nelle formazioni sociali cui appartiene, il fulcro delle iniziative pubbliche.

¹⁶⁵ CHITI, “*Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*”, Atti del Convegno: “Il Partenariato Pubblico-Privato e il Diritto Europeo degli Appalti e delle Concessioni”, 28 gennaio 2005, in www.iisa.it. Si, pensi, inoltre, ai contratti di sponsorizzazione (ora codificati in generale all’art. 26 del nostro *Codice*), gli accordi di collaborazione e le convenzioni tra Enti locali e privati, ammessi “*al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati*” (TUEL, art. 119); ovvero cooperazioni come le *associazioni temporanee di scopo (ATS)* istituite per la gestione di progetti finanziati da risorse pubbliche (nazionali e/o comunitarie).

In ambito nazionale, peraltro, fino agli anni più recenti, i tentativi di riforma del diritto amministrativo sono sempre naufragati, alimentando il dibattito scientifico senza tuttavia produrre effetti pratici. Infatti, i progetti di riforma che hanno interessato l'amministrazione, seppur annunciati con enfasi, difficilmente sono stati inseriti nell'agenda politica portando a risultati concreti.

A quanto sopra descritto va aggiunta la circostanza che i tempi di attuazione delle riforme sono piuttosto lunghi, di regola più lunghi di quelli del mandato politico di chi le propone, che non può, quindi, trarre vantaggio dall'eventuale riuscita della riforma stessa.

L'inversione di tendenza, che ha permesso di giungere al quadro giuridico oggi in vigore (quindi al Codice dei contratti pubblici¹⁶⁶) si registra a partire dagli anni Novanta, quando viene avviato un processo di modernizzazione di ampio respiro che investe tutti gli elementi di base della pubblica amministrazione: funzioni, personale, controlli, finanza, beni procedimenti e giustizia.

Il progetto è ispirato al movimento culturale del *new public management*, affermatosi in ambito anglosassone per rendere più efficienti le amministrazioni pubbliche applicando metodologie gestionali e organizzative proprie del settore privato;¹⁶⁷ in Italia, si introducono dunque nuove forme nell'agire

¹⁶⁶ Cfr. Decreto Legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 di cui si parlerà in seguito. Per un primo commento si veda A. MASSARI-M.GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lsg. 12 aprile 2006, n.163*, Rimini, 2006; AA.VV.(a cura di C. GIURDANELLA), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lsg. 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2006.

¹⁶⁷ Cfr., sul tema, BARZELAY, *The new public management. Improving research and policy dialogue*, Berkley, CA: University Of California Press, 2001; BONINI BARALDI, S. *Management, beni culturali e pubblica*

quotidiano dell'amministrazione, che sempre più frequentemente ricorrono a strumenti propri del settore privato, soprattutto nella gestione dei servizi, con un conseguente crescente fenomeno di esternalizzazioni.

A ciò si aggiunga una sensibilizzazione, almeno auspicata, verso un maggior rispetto delle esigenze di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, evitando in tal modo il perseguimento di attività elusive e il prodursi di sprechi di denaro pubblico.

Al contempo, si avverte l'esigenza di evitare possibili comportamenti opportunistici della controparte contrattuale, ossia del soggetto al quale si esternalizza l'attività. Il settore pubblico deve, quindi, poter usufruire di mezzi utili sia ad indicare, *ex ante* nei contratti, gli indici dei risultati da raggiungere, sia di procedere *ex post* alla verifica del rispetto di tali indici, ovvero del conseguimento dei risultati previsti. Tali coordinate guidano il legislatore nella predisposizione di strumenti idonei, inseriti in un quadro chiaro, che non favoriscano situazioni di incertezza, ma attribuiscono, piuttosto, poteri di controllo della legalità e del rispetto dei principi fondamentali.

In quest'ottica, una prima risposta all'esigenza di una legislazione forte e adeguata giunge dalla normativa comunitaria, ed in particolare dalla direttiva 2004/18/CE, che ha introdotto particolari novità in materia.¹⁶⁸

amministrazione, Franco Angeli, 2007; POLLIT, C., BOUCKAERT G, *Public Management Reform*, Oxford University Press, 2000.

¹⁶⁸ Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004). La direttiva in esame raccoglie in un unico testo normativo le direttive 92/50/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e 93/37/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. L'obiettivo è di dare una risposta all'esigenza di semplificazione e di modernizzazione formulate dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli operatori economici nell'ambito del

Infatti, l'intento della direttiva è quello di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti avvenga nel rispetto dei “*principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, quali il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”. In particolare, la direttiva in esame stabilisce che le amministrazioni pubbliche aggiudicano gli appalti di lavori, forniture e servizi mediante una procedura aperta, tipica gara ad evidenza pubblica, o in alternativa ristretta (art. 24 legge n.109/1994), alla quale possono partecipare solo i candidati individuati ed invitati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tra gli strumenti all'uso previsti (art. 29 Direttiva 2004/18/CE), figura il c.d. dialogo competitivo, applicabile nel caso di appalti particolarmente complessi.¹⁶⁹

Le amministrazioni ricorrono a questa procedura sia nel caso in cui la natura dei lavori o dei servizi richiesti o dei rischi ad essi relativi siano tali che il prezzo complessivo non sia definibile, sia nel caso di un contratto di servizio, come nella maggior parte dei casi di PPP, i cui elementi specifici non siano delineabili con sufficiente precisione da esplicitare gli elementi di costo prima

processo di riflessione sul tema avviato dal relativo *libro verde* della Commissione Europea del 27 novembre del 1996.

¹⁶⁹ Per un commento sull'istituto, si veda F. GASPARI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*; in *Giustizia Amministrativa*, 3/2007; REALE, *Il nuovo codice degli appalti di lavori, forniture e servizi: prime considerazioni*; S. MONZANI, *Le nuove forme di controllo concorrenziale previste dal Codice dei contratti: dialogo competitivo e accordo quadro*, in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n.1/ 2007, pag. 27; AMATUCCI, *Le procedure di acquisto delle amministrazioni pubbliche. Elementi di innovazione e di governance*, in *Azienda Pubblica*, n. 3/2006.

della presentazione delle offerte¹⁷⁰. L'istituto in esame è stato recepito nel *Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture* (D.lgs. n. 163/2006, art. 58)¹⁷¹.

A tale quadro, si aggiunga che nel Codice dei contratti pubblici è stato introdotto, all'art.3, comma 15 *ter*, una definizione del PPP, la quale, peraltro, non trova alcuna disciplina dettagliata in altre misure normative.¹⁷² Piuttosto, è la normativa

¹⁷⁰ Il considerando n. 31 della direttiva 18/2004/CE al riguardo così si esprime, *passim*, “*Le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale soluzione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto ...*”.

¹⁷¹ Il Codice in esame raccoglie in un unico testo normativo la disciplina in tema di contratti pubblici precedentemente contenuta in testi normativi distinti, riordinando la materia in una prospettiva di maggiore apertura alla concorrenza. Quanto ai contenuti della disciplina nazionale sul dialogo competitivo, l'art. 58 del Codice riproduce in gran parte i contenuti dell'art. 29 della direttiva. L'istituto è descritto come una procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici “particolarmente complessi”, alternativa alle procedure aperte o ristrette, con la quale si aggiudica il contratto attraverso un dialogo finalizzato all'individuazione ed alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità o i loro obiettivi. Si è osservato come, in ultimo, alla base dell'istituto del dialogo competitivo e del suo recepimento nell'ordinamento nazionale vi sono molteplici ragioni, tra cui principalmente la riconducibilità nell'alveo dei modelli di partenariato pubblico privato contrattuale e, più in generale, nel disegno della Commissione CE teso a sviluppare ampiamente i modelli collaborativi tra il settore pubblico e quello privato; ciò, naturalmente, contribuisce a determinare il superamento della rigida distinzione tra pubblico e privato. Cosicché, l'apertura dell'amministrazione al mercato consente di individuare soluzioni e di far fronte a domande cui l'amministrazione stessa non è, autonomamente, in grado di dare risposta (F. GASPARRI, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in *Giustizia Amministrativa*, n.3/2007).

¹⁷² Art. 15-ter: “*Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali*

sull'affidamento dei servizi pubblici che, implicitamente, si riferisce al PPP come modalità di affidamento e gestione dei medesimi. Infatti, nell'art.113, D.lgs. 267/2000 del TUEL – come visto oggi abrogato dal D.L. n. 112/2008 – si individuavano tre differenti modalità di affidamento dei servizi pubblici, in particolare l'affidamento a gestore privato a mezzo di gara ad evidenza pubblica oppure l'affidamento mediante costituzione di una società mista con scelta del socio privato con gara ad evidenza pubblica, nonché l'affidamento diretto dei servizi a una società c.d. *in house*.

Il quadro normativo così introdotto a livello comunitario e nazionale ha quindi inaugurato una disciplina degli appalti pubblici caratterizzato dal maggior rigore nei criteri di valutazione delle offerte, da un più articolato contraddittorio nella verifica delle offerte, dall'affermazione del principio di equivalenza nelle specifiche tecniche, in modo da permettere l'introduzione di strumenti utili e flessibili, quali le tecniche del dialogo competitivo.

2.3. PPP e finanziamento dei servizi pubblici locali

la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.” Comma introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 2008.

Come osservato in precedenza, in Italia si è avvertita negli ultimi decenni l'esigenza di apportare profonde trasformazioni nella struttura organizzativa dello Stato al fine di rendere più efficace l'azione della pubblica amministrazione, conferendo alle amministrazioni locali crescenti competenze e, quindi, decentrando in favore di queste ultime accresciuti poteri organizzatori.

Il conferimento di una più ampia autonomia alle amministrazioni locali s'inserisce in uno scenario economico-istituzionale caratterizzato dal fenomeno della globalizzazione dei mercati e dalla crescente integrazione politica, economica e sociale a livello europeo, che, di fatto, ha contribuito ad aumento della competitività fra le singole articolazioni territoriali periferiche¹⁷³.

In questo contesto, si è assistito, di conseguenza, ad un più ampio utilizzo dei processi di aziendalizzazione e di sviluppo delle alleanze strategiche con i partner privati anche in seno alle amministrazioni pubbliche locali.

Pertanto, nella gestione dei servizi pubblici, la cui competenza spetta oramai prevalentemente agli enti locali, la cooperazione con i privati è apparsa la soluzione più adatta per poter soddisfare le esigenze di massimizzazione dell'efficienza, dell'efficacia ed dell'economicità nell'ambito dell'Amministrazione Pubblica. In particolare, tra le varie forme di partenariato pubblico-privato utilizzabili nella gestione dei

¹⁷³ Cfr. L. TORCHIA, *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Rimini, 2004, la quale distingue le "privatizzazioni calde" nelle quali cambia solo la forma dalle "privatizzazioni fredde", nelle quali il cambiamento della forma è un preludio per modifiche anche sostanziali all'assetto proprietario o alla natura dell'attività.

servizi pubblici locali si è optato, come precedentemente accennato, per l'utilizzo della formula societaria, detenuta congiuntamente dal soggetto pubblico e da quello privato, in considerazione della sua estrema flessibilità ed adattabilità. Cosicché, lo strumento della società mista è divenuto particolarmente invalso nell'ambito dei processi di privatizzazione formale e sostanziale dei servizi pubblici, fenomeno che, già esistente a livello nazionale, si è gradualmente affermato anche a livello locale.¹⁷⁴ Peraltro, la società di capitali adoperata nella gestione dei servizi pubblici locali ha rappresentato, nelle intenzioni del legislatore, uno strumento idoneo ad arginare le difficoltà di bilancio con cui gli enti solitamente erano costretti a misurarsi, ma senza compromettere irreparabilmente la funzione sociale connessa allo svolgimento del servizio.

La società mista è stata introdotta, nel nostro ordinamento, con l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, prevedendo il ricorso a tale modello "qualora" fosse stata "opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici e privati".¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cfr. M. CAMMELLI E A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, 1999, pag. 22. Gli autori sostengono che la costituzione di società miste è stata ideata per realizzare una privatizzazione, da un lato – nell'ipotesi delle società maggioritarie – formale, ossia atta ad assicurare alla gestione pubblica la snellezza individuabile nel sistema dell'organizzazione societaria e dall'altro – quanto alle società minoritarie – sostanziale, ovvero tale da consentire la sostituzione della gestione del privato a quella dell'amministrazione.

¹⁷⁵ In realtà, il modello della società mista era previsto anteriormente alla legge n. 142/1990. In relazione alla gestione delle farmacie, l'art. 10 della l. 8 novembre 1991, n. 362 stabilisce appunto che le farmacie comunali possono essere gestite, oltre che in economia, a mezzo di azienda speciale, di consorzi e di "società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. A tal proposito cfr. G. ACQUARONE, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998.

In base all'originaria previsione della Legge n. 142/90, le società miste abilitate alla gestione di un servizio pubblico locale dovevano essere a prevalente capitale pubblico¹⁷⁶ ed appositamente costituite dall'ente locale interessato. In questa prospettiva, la società mista costituiva uno strumento, un modello organizzativo, prescelto dall'Ente locale nel quadro del suo autonomo potere di auto-organizzazione del servizio pubblico.

Un secondo intervento sull'oggetto delle forme di gestione dei servizi pubblici locali si è avuto con la successiva legge n. 498/1992 all'art.12¹⁷⁷ che ha ammesso l'esistenza di una società mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria e quindi, di fatto, in mano ai soci privati. L'art 12 ha, così, ampliato il novero contenuto nella legge n. 142 del 1990, consentendo la costituzione di società di capitali caratterizzate dalla

¹⁷⁶ Si veda, in giurisprudenza, l'orientamento affermatosi in relazione al concetto di "prevalenza del capitale pubblico", per cui, "la rilevanza del capitale pubblico per assicurare il vincolo di strumentalità della società... non può essere intesa nel senso che ciascun ente pubblico partecipante debba svolgere il ruolo di guida della società (interpretazione che renderebbe la norma priva di senso), bensì nel senso che la prevalenza pubblica, attraverso la quale si esplica il controllo sulla società, va riferita all'insieme degli enti e non a ciascuno di essi singolarmente considerato. Una diversa applicazione della norma, sotto il profilo logico, non sarebbe materialmente possibile, giacché la partecipazione prevalente dell'uno esclude necessariamente la prevalenza dell'altro" (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2300; cfr. anche sez. V, 30 aprile 2002, n. 2297; sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418).

¹⁷⁷ La norma articolata in due commi, al primo ha previsto la possibilità che "Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante accordi di programma di cui al nono comma, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al terzo comma, lett. e), dell'art. 22 della L. 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d), della L. 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della L. 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedura di evidenza pubblica [...]".

partecipazione minoritaria di capitale pubblico, seppur prevedendo, limitatamente a tali ipotesi, l'obbligo di espletamento delle procedure concorsuali dell'evidenza pubblica per la selezione del socio privato. Il successivo regolamento contenuto nel D.P.R. n. 533/1996 ha disciplinato, quindi, specifici aspetti operativi, quali le modalità di costituzione di tali società, i criteri di scelta dei partner privati di maggioranza da parte dell'ente locale e la riserva, a beneficio dello stesso ente, di nominare un componente del consiglio di amministrazione e del collegio dei revisori.¹⁷⁸

Il quadro normativo è stato, poi, completato con il richiamo delle disposizioni contenute nella legge 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Bassanini *bis*) che ha riformulato la lett. e), dell'art. 22.3 della legge n. 142 del 1990, prevedendo che: *“e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati”*. L'intenzione della novella era di favorire l'impiego di società a prevalente capitale pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata. Peraltro, si introduce nel quadro un ulteriore elemento di novità, consistente nella possibilità che il servizio possa essere gestito, oltre che da una società all'uopo costituita, anche da un soggetto societario già esistente, successivamente rilevato per la maggior parte del suo capitale dall'ente locale mediante l'acquisto di quote.

¹⁷⁸ Sulle più significative leggi che hanno caratterizzato l'organizzazione amministrativa nel corso degli anni novanta, cfr. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione in Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003.

Successivamente, la disciplina delle società miste contenuta nella legge n. 142/1990, così come modificata nel corso degli anni, è stata trasfusa nell'art 113 del d.lgs. 267 del 2000 (TUEL). Quest'ultima ha arricchito l'originaria previsione, introducendo il modello della società mista con partecipazione pubblica di minoranza, come forma di gestione dei servizi pubblici locali (art. 22, comma 3, lett. f), della legge n. 142/1990).

In sintesi, entrambe le tipologie di società miste considerate sono confluite nell'art. 113, lett. e) e f) TUEL, che recepisce e sistematizza quanto introdotto negli anni precedenti. Inoltre, rispetto ai modelli di gestione di cui all'art. 22 della legge n. 142 del 1990, il TUEL ha consentito agli enti locali, rispettivamente negli artt. 30 e 31, di stipulare tra loro convenzioni o di costituire consorzi.

Da ultimo, i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono stati oggetto di ulteriore recente riforma con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, come convertito da legge n. 133/2008, il quale – come *supra* visto - incide in modo importante e significativo sulle dinamiche di affidamento dei servizi pubblici e, nello specifico, fornisce un inquadramento maggiormente sistematico della forma di partenariato pubblico-privato riconducibile al modello della società mista.

L'obiettivo dichiarato dalla norma è stato quello di superare l'assetto introdotto con le modifiche del 2003 all'art. 113 del T.U.E.L. e di promuovere un contesto di mercato di maggiore competizione tra gli operatori economici, ribaltando il rapporto tra regola (di un affidamento diretto senza gara) e l'eccezione (della procedura concorsuale aperta).

Si è già detto che, se l'art. 113 del T.U.E.L. lasciava ampia discrezionalità all'ente relativamente alle modalità di gestione¹⁷⁹, ora la nuova disciplina ha previsto che sono modalità ordinarie di affidamento esclusivamente la gara e la costituzione di società mista, rilegando a modalità di affidamento "non ordinaria" il ricorso alle società c.d. *in house*. In tale ultimo caso, infatti, l'art. 23 *bis* citato impone specifiche e restrittive condizioni, ulteriori rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza comunitaria, ai fini del legittimo ricorso all'affidamento diretto, prevedendo il previo parere dell'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato in relazione alle condizioni di mercato (risultanti da apposita indagine) che non consentano un utile ricorso alla competizione trasparente tra gli operatori economici attivi nel mercato di riferimento.

L'art. 23 *bis* conferma, poi, la facoltà per le società quotate in mercati regolamentati di partecipare alle gare indette dalle amministrazioni concedenti, l'assoggettamento al patto di stabilità dei comuni delle società *in house* e delle società miste a capitale

¹⁷⁹ Cfr. F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007, il quale rileva "l'ampia discrezionalità attribuita dall'art. 113, comma 5 all'amministrazione affidante in ordine alla scelta tra le tre modalità ivi indicate", la quale non si pone in contrasto con il diritto europeo. Ciò, poiché, lungi l'affidamento in *house* (vedi *supra* par. 1.2) dal costituire una modalità eccezionale, "non di vera eccezione si tratta, ma di un'ipotesi che si pone al di fuori delle regole della concorrenza, in relazione alla quale la scelta organizzativa dell'ente locale non può ritenersi sindacabile, se non nei limiti dell'errore manifesto compiuto nella valutazione della sussistenza dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge". Ribadisce "l'ampia discrezionalità attribuita dall'articolo citato all'Amministrazione affidante in ordine alla scelta tra le diverse modalità di affidamento tipizzate dal legislatore nazionale", DELLO SBARBA, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, 2006, pag. 14 e ss., disponibile in www.federalismi.it.

pubblico maggioritario, l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica, trasparenti e competitive sia per l'approvvigionamento di beni e servizi sia per l'assunzione di personale (con esclusione delle sole quotate).

2.3.1. *La dignità del modello della società mista e il tramonto dell' in-house quale modalità di affidamento dei servizi pubblici locali alle società miste*

L'affidamento del servizio pubblico locale in favore delle società miste risulta quindi validamente realizzato a condizione che sussistano entrambi i seguenti requisiti previsti dall'art. 23-bis: *i)* il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, anche detta “gara a doppio oggetto”, alludendo alla persona e all'attività che divengono entrambe oggetto di scelta concorsuale, e *ii)* la misura della partecipazione privata non sia, in ogni caso, inferiore, al 40% del capitale sociale¹⁸⁰.

Al contempo, il rapporto inter-organico tra ente e gestore, alla base del concetto dell' *in house providing*, viene relegato ad un'ipotesi eccezionale di affidamento e gestione dei servizi

¹⁸⁰ L'art. 15 del d.l. 135 del 2009, come convertito con l. n. 166 del 2009 riscrive i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23 bis stabilendo che “*il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento*”.

pubblici locali a rilevanza economica. La rilevante conseguenza è che società totalmente pubbliche sono destinate a diventare un modello di *governance* residuale ed eccezionale, a tutto vantaggio di un mercato in cui saranno sempre più presenti operatori totalmente privati o misti pubblico-privato. La riforma permette così alla società mista di divenire un modello ordinario di riferimento per la gestione del servizio pubblico, non più inquadrata mediante il ricorso a diverse ipotesi ricostruttive nell'ambito della categoria dell'affidamento diretto, riconquistando un inquadramento teorico definito, nonché confini applicativi circoscritti.¹⁸¹

Quanto all'affidamento diretto, oramai, la sua utilizzabilità è limitata alle ipotesi in cui sussistano “*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*” (art. 23-bis) e qualora la medesima abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per questo modello societario.

Sul punto, prima di descrivere i requisiti che devono ricorrere per l'affidamento in favore di società miste, occorre brevemente soffermarsi sui requisiti della società *in house* e della sua distanza da quella cd. “mista”. Oltre ai menzionati rilievi procedurali¹⁸², requisito indispensabile che deve sussistere tra la

¹⁸¹ Su tali questioni si veda BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*; cfr., inoltre, R. VAIRA, *La gestione dei servizi pubblici tra “in house providing” e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità* (commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1), in *Giustizia Amministrativa*, 3/2008.

¹⁸² Quale, ad esempio, l'obbligo “*di dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di*

società *in house* e il committente è quello del cd. “*controllo analogo*”, ossia di stretta strumentalità tra l’interesse pubblico ed i fini sociali (societari) perseguiti. Al riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di precisarne sempre più la nozione, fino a pervenire agli orientamenti riassunti richiamati dall’Adunanza Plenaria 3 marzo 2008, n. 1.¹⁸³

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha rilevato come “*la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel*

regolazione del settore, ove costituite, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione” (art. 23 bis, vedi *supra* par. 1.8).

¹⁸³ In particolare, si tenga conto che differenti sono state le definizioni di “*controllo analogo*” succedutesi negli anni, rendendo ulteriormente incerto il quadro di riferimento. A livello nazionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha tentato di tracciarne le linee-guida, ha sostenuto che “ad avviso delle istituzioni comunitarie, per “*controllo analogo*” si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sull’ente societario. In tale evenienza, pertanto, l’affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie innanzi citate. Una critica è stata, poi, espressa dal Consiglio di Stato decisione del 22 dicembre 2005, n. 7345, in cui si escludeva la possibilità di fare riferimento alla “subordinazione gerarchica” perché, “*se si effettua l’affidamento diretto ad una società, il servizio verrà gestito da una persona giuridica separata e distinta dall’amministrazione, un ente, cioè, che determina la propria azione mediante gli organi di cui è dotato. È quindi da escludere, in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni dell’ente*”. Tentativi di definizione di “*controllo analogo*” si rinvencono anche a livello comunitario. In una comunicazione della Commissione europea indirizzata al Governo Italiano al fine di sollecitare modifiche dell’art. 113 del T.u.e.l., si è asserito che, “*tale tipo di controllo*”, infatti, “*fa riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell’amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo*”. Tale orientamento ha indotto, così, il legislatore nazionale a prevedere nell’art. 23-bis, la partecipazione pubblica totalitaria come condizione necessaria ai fini della configurazione dell’affidamento *in house*.

fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'Amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza; in quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto”¹⁸⁴. Pertanto, il modello privatistico della società mista si declina attraverso una procedura di gara, che ha l'obiettivo di funzionalizzare l'attività del privato al perseguimento dell'interesse pubblico.¹⁸⁵

La presenza del capitale privato, anche in minima parte, è oggi idonea ad escludere *ab initio* la sussistenza del requisito del controllo analogo, in ragione della necessità della partecipazione

¹⁸⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in *Red. Amm.*, CDS 2010,09 (enfasi aggiunta).

¹⁸⁵ Così M. M. GAETA, in commento a T. Salerno, 27 marzo 2007 in *Le Società*, n. 8-2007, pag. 989, testualmente: “una considerazione deve svolgersi rispetto all'allontanamento delle società miste dal modello privatistico nel momento in cui s'impone la scelta del contraente con procedure di evidenza pubbliche. La scelta dei soci nelle società di diritto comune è frutto della manifestazione dell'autonomia privata e, quindi, della libertà di scegliere anche con chi contrarre. Per le società miste si può affermare che detta autonomia non è limitata, ma trova una diversa espressione laddove essa è teleologicamente orientata da esigenze di efficacia ed efficienza della PA che sono maggiormente garantite da un procedimento concorsuale per la scelta anche del socio di minoranza”.

pubblica totalitaria.¹⁸⁶ Ciò si spiega in base alla circostanza per cui la partecipazione (anche se minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi.¹⁸⁷

In merito, peraltro, si sono registrate aperture in relazione alla fattispecie della frammentazione del capitale sociale della società, che hanno condotto la Corte di Giustizia nel corso degli ultimi due anni ad allontanarsi dalla rigidità manifestata nelle decisioni *Parking Brixen*¹⁸⁸, *Co.na.me.*, *Carbotermo*, *Anav*, nelle

¹⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072 in *Urb. app.*, 2006, 1447 ss. con nota di URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5. In precedenza, con la pronuncia del 22 dicembre 2005, n. 7345 affermava: “*Il problema della sussistenza del “controllo analogo” si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria*”.

¹⁸⁷ Si veda il Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2009, n. 5808, in *Foro Amm. CDS 2009*, 9, 2020 (*s.m.*).

¹⁸⁸ Con la sentenza *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/03, la Corte di giustizia CE si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE* (oggi 267 TFUE) sollevato dal Tribunale amministrativo di Bolzano. La vicenda sottoposta all'esame del giudice amministrativo riguardava l'affidamento alla società partecipata dal Comune di Bressanone (la *Stadtwerke Brixen AG*) della realizzazione di parcheggi. Il Comune aveva affidato alla *Stadtwerke Brixen AG* la costruzione e la gestione di una piscina pubblica e, in seguito, il diritto di superficie sopra e sotto il suolo del terreno destinato alla piscina, allo scopo di realizzare garage sotterranei. La stessa porzione di terreno (successivamente ampliata con altra particella adiacente) era stata, *pro tempore* (in attesa che si realizzasse il parcheggio sotterraneo), adibita a provvisorio parcheggio di superficie, tanto che per la sua gestione, il Comune e la *Stadtwerke Brixen AG*, si erano determinati a stipulare una convenzione di durata novennale, con la quale si prevedeva che la società assumesse il relativo personale comunale, provvedesse alla manutenzione dell'area e, infine, si remunerasse attraverso i canoni riscossi dagli utenti ed a sua volta corrispondesse al Comune un'indennità parametrata al prezzo del biglietto. La *Parking Brixen GmbH* agiva innanzi al Tribunale amministrativo, contestando la violazione, da parte del Comune, della disciplina in materia di appalti pubblici. Il giudice amministrativo, a questo punto, interessava della questione la Corte di giustizia, affinché chiarisse se “*nel caso di attribuzione della gestione di parcheggi pubblici a pagamento, oggetto della materia*

quali aveva sostenuto che la semplice titolarità pubblica dell'intero capitale non rendeva la società *in house*, necessitando una analisi puntuale e circostanziata della sussistenza del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente affidante, fino a giungere a opinioni che, al contrario, danno prevalenza al carattere pubblico del capitale, piuttosto che all'unitarietà del possesso. In tal senso si collocano le decisioni sui casi *Comune di Mantova*, *Coditel Brabant SA* e, recentemente, *Sea*.¹⁸⁹

In particolare, con riferimento alle compagnie multicomunali, la Corte ha affermato che “*la circostanza che l'autorità pubblica concedente detenga, da sola o insieme ad altre autorità pubbliche, l'intero capitale di una società concessionaria, pur non essendo decisiva, potrebbe dimostrare che tale autorità pubblica esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*”.¹⁹⁰

controversa, si tratti di un appalto di pubblico servizio ai sensi della direttiva 92/50/CEE, ovvero di una concessione di pubblico servizio, nei cui confronti si applicano le regole sulla concorrenza della Comunità europea, in particolare gli obblighi di parità di trattamento e trasparenza” e, nel caso in cui l'attività fosse ritenuta servizio pubblico locale, se “l'attribuzione della gestione di un pubblico parcheggio a pagamento, che può essere effettuata senza svolgimento di pubblica gara ai sensi dell'art. 44, n. 6, lett. b), della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1, modificata dall'art. 10 della legge regionale 23 gennaio 1998, n. 10, e ai sensi dell'art. 88, n. 6, lett. a) e b), del testo coordinato dalle disposizioni sull'ordinamento dei comuni, sia compatibile con il diritto comunitario”.

¹⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, caso *Sea*, in *Urb. A appalti*, 2010, 38 ss.; sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, caso *Comune di Mantova*, *ivi*, 2008, 1401.

¹⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, caso *Coditel Brabant Sa*, in questa *Rivista*, 2008, 2899.

2.3.2. La partecipazione privata e gli “specifici compiti operativi”.

La decisione del legislatore di cui all’art. 23-*bis* è stato quello di evitare un eventuale aggiramento della nuova disciplina e di affermare con maggior precisione il confine con un regime ordinario valido per l’affidamento a società totalmente private, ovvero miste.

Si noti come, proprio nell’ipotesi di società miste, il legislatore abbia voluto agevolare l’ingresso del privato, imponendo, con il comma 2 lett. b art. 23-*bis*, che la scelta del socio privato avvenga con procedure ad evidenza pubblica, che abbiano ad oggetto non solo la qualità di socio, ma l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. In particolare, assume rilievo la disposizione in esame nella misura in cui si precisa che la procedura di gara debba attribuire al socio privato “*specifici compiti operativi*”.¹⁹¹

Si tenga peraltro conto che, secondo la configurazione dei PPP contenuta negli orientamenti comunitari (cfr. il citato *Libro Verde*), mentre il socio pubblico si limita alla definizione e al controllo degli obiettivi, il *partner* privato “*partecipata a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione)*”.¹⁹² In

¹⁹¹ Peraltro, la versione originaria dell’art. 23-*bis* si riferiva semplicemente a “*compiti operativi*”. Da ultimo, la Commissione Europea (C. 6661 del 5 febbraio 2008) ha preso atto della necessità di chiarezza e di regole certe nel delicato tema delle società miste, rilevando che, sebbene non esistano regole certe a livello europeo sulla costituzione di un partenariato pubblico-privato, “*nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni il principio di parità di trattamento ed i principi da esso discendenti (non discriminazione, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi) devono essere applicati quando una pubblica amministrazione affida un’attività economica ad un terzo*”.

¹⁹² Vedi *Libro Verde*, cit. pag. 2.

altre parole, l'operatività deve essere affidata al socio privato. Nella prassi nazionale delle società miste generalmente, invece, non è avvenuto così: al socio privato spesso sono attribuiti compiti limitati, lasciando l'operatività come tale alla società.

In merito, al fine di tentare di individuare il significato dell'espressione contenuta nell'art. 23-*bis*, al di là del tenore letterale della precisazione, è opportuno soffermarsi sulle possibili soluzioni interpretative che potrebbero fornirsi al riguardo.

Preliminarmente, è necessario capire se la previsione dei compiti operativi possa o meno essere connessa con la percentuale di partecipazione azionaria del socio privato, fissata nella misura non inferiore al 40%, come già affermato in precedenza, ossia nel senso di frapporre limiti a che la partecipazione privata si attesti su percentuali ben superiori a detta soglia. In altri termini, nel presupposto che la percentuale minima ha il fine di garantire una certa consistenza del socio operativo, tale da assicurare e soddisfare il requisito dell'efficienza del proprio ruolo operativo, la questione riguarda la possibilità di trovare ragioni a che la partecipazione azionaria da parte del socio debba comunque ritenersi limitata ad una certa misura. Nello specifico, stando al tenore letterale della legge, sembra potersi ritenere che la partecipazione azionaria del partner privato non incontri alcun limite massimo. Di conseguenza, la decisione di confinare il socio privato a soli compiti operativi, escludendo che la sua partecipazione possa assumere dimensioni tali da garantire allo stesso il controllo della società, pare debba rimettersi a valutazioni di opportunità delle singole amministrazioni.

In questi termini, verrebbe a rimarcarsi una certa diversità tra il modello assunto dal legislatore italiano e quello che parrebbe

individuato nel parere del Consiglio di Stato¹⁹³ e nell'ordinamento comunitario, nei quali l'istituto della società mista è considerato come uno strumento di controllo interno alla compagine societaria da parte del socio pubblico e sulla base del quale si dovrebbe affermare che il ruolo del socio debba rimanere solo operativo (nel senso che la partecipazione dello stesso al capitale andrebbe confinata solo ed esclusivamente all'apporto operativo di organizzazione, tecnologia e *know-how* e che la stessa non possa e debba trasformarsi in posizione di controllo da parte del socio privato).

Tali considerazioni rendono la suddetta percentuale della consistenza azionaria del privato come limite massimo, ossia il socio privato non dovrebbe superare una soglia tale da rendere la sua posizione anche di controllo.¹⁹⁴

D'altro lato, la necessaria specificazione dei compiti operativi può anche essere interpretata nel senso, più limitativo e in linea con quanto affermato in giurisprudenza comunitaria, per cui l'obiettivo è quello di escludere l'ammissibilità all'interno della società mista di un socio "*generalista*", ovvero di partecipazioni meramente finanziarie.¹⁹⁵

Tale interpretazione dovrebbe, conseguentemente, portare a ritenere che il socio operativo non potrebbe assumere all'interno

¹⁹³ Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 2007/456 del 18.4.2007, per cui nel caso di specie si configura un "affidamento con procedura ad evidenza pubblica dell'attività operativa".

¹⁹⁴ Cfr., sul punto, Tassarolo, *Il regime transitorio*, cit. pag. 5; Cintioli, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione*, cit., pag. 43.

¹⁹⁵ Ossia "*il caso di società miste aperte, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara pubblica, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale direttamente affidare l'erogazione dei servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio*" (Cons. Stato, parere n. 456/2007, cit.).

della società una posizione tale da comportare la perdita del controllo da parte del socio pubblico¹⁹⁶.

Inoltre, ulteriore profilo di indagine è stabilire se al socio operativo, individuato tramite procedura concorsuale, possano essere affidati più compiti operativi, in altre parole se alla società mista possano essere affidati più servizi. Al riguardo, alcuni autori si sono espressi con riguardo alla possibilità che società strumentali degli enti locali erogino per questi anche servizi pubblici ed hanno escluso una simile possibilità nel timore di distorsioni della concorrenza e di creazione di situazioni monopolistiche.¹⁹⁷

Per quanto non vi siano disposizioni espresse sul punto, il quadro complessivo rende evidente la volontà di “legalizzare” il modulo organizzativo della società mista, incentivando una partecipazione del privato consistente. Inoltre, è lo stesso art. 23-*bis* che, con previsione di carattere generale, prevede la possibilità che più servizi pubblici possano venir affidati nella medesima occasione, a patto che ciò risulti economicamente vantaggioso (art. 23-*bis*, comma 6). A ciò si aggiunga che proprio la

¹⁹⁶ Tale possibilità assume rilievo anche in altra prospettiva, ossia in relazione alla questione della consistenza della partecipazione azionaria del privato. In particolare, ci si riferisce ai limiti sanciti dall’art. 15 comma 9 d.l. 112/2008 con riguardo alle attività ulteriori a quelle di servizio pubblico, anche alle società miste. Infatti, ove il privato partecipasse in misura tale da assicurarsi il controllo della società, potrebbe ritenersi che esso, quale soggetto controllante, sia destinatario dei divieti *ex lege* previsti.

¹⁹⁷ Cfr. T.A.R. Reggio Calabria sez. I, 16 giugno 2010, n. 561, in *Guida al diritto 2010*, 33-34, 81 (s.m.) (nota di: Bonura) che così si esprime: “il divieto di cui al comma 9 dell’art. 23 bis d.l. 112/2008 - che impedisce ai soggetti titolari di affidamenti diretti di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati - non trova applicazione nei confronti delle società miste costituite ai sensi del comma 2, lett. b), del medesimo art. 23 bis”.

celebrazione della gara per la scelta del socio si rivela la migliore garanzia in merito alla assenza di distorsioni della concorrenza arrecate da un eventuale utilizzo strumentale del modello. Peraltro, tale assunto dovrà essere supportato dalla concreta previsione nel bando di gara di clausole che assicurino che gli affidamenti siano disposti in favore di soggetti idonei. Si tratta, in particolare, di requisiti di partecipazione (tecnico-professionali ed economici) idonei a garantire che l'affidamento avvenga in favore di un socio operativo (eventualmente organizzato anche in associazione temporanea di imprese) effettivamente capace di farsi carico di una pluralità di servizi.

Con riferimento, poi, alla quota minima di partecipazione del socio privato nelle società miste volte alla gestione del servizio locale, occorre precisare che si è in presenza di una disposizione con obiettivi antielusivi in quanto una partecipazione societaria marginale del socio privato poteva consentire, a mente del regime normativo previgente, all'ente locale di gestire servizi di interesse economico, senza ricorrere al mercato e senza vincolare la società secondo i parametri comunitari del *in house* (controllo analogo e dedizione prevalente).¹⁹⁸

Ulteriore profilo di particolare interesse, infine, è quello relativo all'oggetto della gara per la scelta del socio privato. Il legislatore, infatti, ha voluto recepire le indicazioni provenienti dal Consiglio di Stato, prevedendo il meccanismo per il quale il bando deve riguardare non soltanto la partecipazione al capitale sociale della società mista, ma anche l'affidamento del servizio. Si tratta, in sostanza, di entrare a far parte della compagine societaria proprio ed esclusivamente al fine di gestire il servizio.

¹⁹⁸ Cfr., sul punto, Tassarolo, *Il regime transitorio*, cit. pag. 7; Cintioli, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione*, cit., pag. 34.

2.3.3. La gara per la scelta del socio privato

La procedura di gara, che caratterizza le forme ordinarie di affidamento, deve essere conforme ai principi comunitari e amministrativi relativi all'evidenza pubblica e, *“in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità”* (comma 2, lett. a), Art. 23-bis).

Da ultimo, è stato adottato il Regolamento di attuazione dell'art. 23-bis¹⁹⁹ il quale individua gli specifici requisiti che il bando di gara o la lettera di invito devono possedere.

In particolare, nei bandi si dovrà prevedere che: *a)* la disponibilità di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi ragionevoli e che sono essenziali per l'effettuazione del servizio, costituiscano un “elemento determinante per la valutazione delle offerte concorrenti”; *b)* i requisiti tecnici ed economici richiesti siano proporzionati al valore del servizio oggetto di affidamento; *c)* la durata dell'affidamento sia individuata e commisurata alla consistenza degli investimenti previsti a carico del gestore, non potendo *“in ogni caso”* superare il relativo periodo di ammortamento; *d)* non siano ammesse forme di collaborazione tra imprese che, individualmente, già possiedano i requisiti per la partecipazione, nel caso in cui *“un'oggettiva e motivata analisi”* del mercato di riferimento dimostri l'esistenza di effetti restrittivi della concorrenza; *e)* la commissione valutatrice sia nominata dall'ente

¹⁹⁹ Vedi il D.P.R. n. 168, del 7.9.2010, recante *“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”*, pubblicato in GU n. 239 del 12.10.2010.

e composta da esperti della specifica materia; *f*) siano esplicitati i criteri e le modalità di individuazione dei beni strumentali alla produzione del servizio e non duplicabili a costi socialmente sostenibili, ivi incluse le relative pertinenze necessarie, al fine di determinare l'importo spettante al soggetto affidatario al momento della scadenza della gestione del servizio e *g*) siano adottate carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.²⁰⁰

Nell'ipotesi di affidamento in favore di società a partecipazione mista pubblico-privata – *supra* sub *ii*) – la legge prevede ulteriori requisiti che il bando di gara per la scelta del socio privato deve possedere. Nella specie, la procedura di gara deve rispettare taluni principi operativi, ossia: *a*) preferire criteri di valutazione delle offerte basate sulla qualità e livello del corrispettivo del servizio offerto, piuttosto che sul valore economico delle partecipazioni acquisite; *b*) richiedere che il socio privato “svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata” dello stesso; *c*) prevedere criteri e modalità di liquidazione della quota del socio privato.²⁰¹

La partecipazione alle gare di affidamento dei servizi pubblici locali è altresì estesa alle imprese estere, non appartenenti all'Unione europea, in base ad un principio di reciprocità, ossia “*a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi*” (art. 9 del Regolamento).

2.4. Le società miste e la tutela della concorrenza

Dopo la riforma dell'art.113 T.U.E.L. ad opera dell'art. 14

²⁰⁰ Art. 3, comma 3, del Regolamento.

²⁰¹ Art. 3, comma 4, del Regolamento.

del d.l. 30 settembre 2003 n. 269 – convertito con l. 24 novembre 2003 n. 236 e successivamente modificato dall'art. 4 della l. 24 dicembre 2003, n. 350,²⁰² in molti si sono interrogati sull' utilizzo del modello di gestione della società a capitale misto, nello

²⁰² Già qualche anno prima dell'entrata in vigore del D.lgs 267/2000, pur mancando una specifica norma atta a disciplinare la scelta del socio nelle società a capitale pubblico maggioritario di cui all'art. 22, comma 3, lett. e), della legge n. 142 del 1990 – norme esplicite in tal senso erano previste limitatamente alle società miste a capitale pubblico minoritario dall'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, dall'art. 4 del D. l. 31 gennaio 1995, n. 26, conv. in legge 29 marzo 1995, n. 95, e art. 1 del D.P.R. 16 settembre 1996, n. 553 - il Cons. di Stato, sez. V, con decisione del 19 febbraio 1998 n. 192., aveva affrontato la questione della necessità dell'espletamento della procedure di evidenza pubblica per la selezione del socio privato di minoranza. Con tale decisione *“censura la scelta del partner di minoranza della costituenda società mista per azioni, denominata A.I.G.A. s.p.a., in quanto avvenuta al di fuori di qualsiasi procedura concorsuale. La possibilità di affidare il servizio in gestione diretta alla società pubblica senza ricorrere al modulo concorsuale non sta, però, a significare che sia indifferente, per l'ordinamento la scelta del partner privato delle società pubbliche di cui si tratta. Il socio privato è chiamato, infatti, normalmente ad espletare una molteplicità di compiti di gestione (implicanti il possesso di rilevanti capacità tecnico-operative e imprenditoriali e specifiche doti esperienza) variamente articolati e che si affiancano all'espletamento di attività più latamente amministrative e normalmente anche attinenti all'esercizio di pubblici poteri. E proprio perché il socio privato è chiamato a svolgere, mediante il suo apporto, parte rilevante di un pubblico servizio, la sua scelta non può essere rimessa a generici apprezzamenti soggettivi e, comunque, di mero carattere fiduciario basati sul semplice intuitus personae, altrimenti pervenendosi (con il richiamo al fatto che si tratta essenzialmente di un contratto associativo) a conseguenze chiaramente anacronistiche ed elusive di fondamentali principi di buona amministrazione e di trasparenza dell'azione amministrativa.(...) Tale scelta non può essere rimessa a generici apprezzamenti soggettivi unilaterali, ma va esternata all'esito di un giudizio comparativo adeguatamente formalizzato, atto ad evidenziare che la scelta stessa è caduta su un soggetto che più di altri, sul piano della concorrenzialità, è in grado di assicurare la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale”*. Solo *“l'assoluta e indilazionabile urgenza può eccezionalmente giustificare, al più, il ricorso (sulla base di idonea motivazione) alla trattativa privata. (...) La procedura d'urgenza può valere a superare evenienze straordinarie e imprevedibili di breve periodo, mentre non può essere logicamente posta a fondamento di rapporti destinati a protrarsi per lunghi periodo di tempo”*. Sul fronte della dottrina, si veda M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, 100 e ss; R. GAROFOLI, *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.* 1998, 174 e ss.; S. NICODEMO, *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 655.

specifico la scelta del socio privato mediante procedure di evidenza pubblica non appariva ad una parte della dottrina compatibile con i principi propri del diritto comunitario²⁰³.

Dunque, in dottrina e giurisprudenza, in passato, si è a lungo discusso sulla compatibilità del modello della società mista rispetto ai valori comunitari di concorrenza e libero mercato, ed in particolare, sull'ammissibilità dell'affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica, in favore di una società mista pubblico-privata.²⁰⁴

Innanzitutto, si è principalmente dubitato della compatibilità con i principi comunitari di trasparenza, *par condicio* e di garanzia del confronto competitivo con gli altri operatori presenti sul mercato e della capacità di tale strumento di curare gli interessi sottesi all'esercizio dei servizi pubblici locali,

²⁰³ Infatti, in passato, una parte della dottrina escludeva la necessità della gara pubblica per la selezione del *partner* privato. Taluni la escludevano in considerazione del fatto che la natura associativa del contratto sociale assegnasse connotazioni fiduciarie a tale scelta (cfr. CAIA, nei diversi contributi dedicati alla questione); altri, muovendo da un'interpretazione *a contrario* dell'art. 12 della l. n. 498 del 1992, nella parte in cui imponeva l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato esclusivamente nel caso di società con capitale pubblico minoritario, ritenevano che fosse perfettamente compatibile con l'ordinamento, la scelta del socio privato di minoranza fondata sull'*intuitus personae* (cfr. G. ROSSI, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in *Atti Convegno Messina*; P. FIMIANI, *Le società nel servizio pubblico ambientale*, Milano, 1998, 54 e ss.).

²⁰⁴ Si veda M. E. BOSCHI, *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007; S. FERLA, *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un equilibrio non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico-private*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; A. QUIETIA. ZUCCHETTI, *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2003; M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167 e ss.

nel rispetto del principio del buon andamento, deputato alla salvaguardia dell'interesse pubblico. Il dibattito si è inserito, peraltro, in un contesto caratterizzato dal progressivo affermarsi della giurisprudenza *Teckal* anche sul piano nazionale. Quest'ultima, infatti, aveva considerato ammissibile esclusivamente l'affidamento diretto in favore di società interamente pubbliche, ancorché giuridicamente distinte dall'amministrazione aggiudicatrice, negando la possibilità di ipotizzare l'affidamento diretto ogniqualvolta il capitale della società affidataria fosse partecipato anche da soggetti privati.

L'orientamento prevalente, dunque, consentiva di ritenere possibile la sussumibilità della società mista entro il modello della società *in house*, nei limiti ammessi dal diritto comunitario, come interpretati dalla Corte.²⁰⁵ In seguito, tale impostazione veniva ulteriormente precisata con la sentenza *Stadt Halle*²⁰⁶. Nel caso di specie, la Corte aveva affermato che “(...) *la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in*

²⁰⁵ In passato, era frequente, la confusione tra il modello dell'*in house* e il modello di partenariato pubblico-privato. Ciò, ha, infatti, indotto parte della dottrina a spingersi, a seguito della sentenza *Stadt Halle*, fino al punto da sostenere la morte dell'*in house*. In tal senso si veda A. CLARIZIA *La Corte suona il de profundis per l'in house*, in www.giustamm.it. In senso contrario si veda invece R. CARANTA, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*, nota a CGCE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, in *Urb. app.*, 12/2007.

²⁰⁶ In causa, causa C-26/03. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti; si veda tra questi R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, n. 3/2005, 288 ss.; cfr. inoltre R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, IV, 136 ss.; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2005, 271 ss.; si veda, infine, A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it; E. VARIANI, *L'"in house providing": la Corte di Giustizia torna a parlare di "controllo analogo"*, in www.filodiritto.com, gennaio 2005.

*questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.*²⁰⁷

In primis, con tale pronuncia la Corte aveva voluto manifestare un'incompatibilità tra la partecipazione societaria di soggetti privati e il perseguimento dell'interesse pubblico connotato allo svolgimento del servizio, in più, orientandosi alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza. Ciò pose in maniera esplicita il problema della legittimità comunitaria dell'art. 113, comma 5, lett. b), T.U.E.L., nella parte in cui ammetteva l'affidamento senza gara di un servizio a favore di società miste partecipate anche da soggetti privati selezionati mediante procedure ad evidenza pubblica. Di conseguenza, è stata sancita necessariamente la sua disapplicazione.²⁰⁸

²⁰⁷ Considerazioni contrastanti con l'orientamento della CGCE inaugurato dalla sentenza *Stadt Halle*, sono svolte da G. MARCHEGANI, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in www.giustamm.it, nella parte in cui sostiene che non si possa condividere quanto sostenuto dalla Corte. “Questo per la buona ragione che tale affermazione non corrisponde a verità in tutti i casi. Infatti è possibile che un'impresa privata partecipi al capitale di una società senza che quest'ultima perda la sua natura di organismo di diritto pubblico. In altre parole la partecipazione del tutto minoritaria di un'impresa privata al capitale di un organismo di diritto pubblico organizzato in forma societaria, non impedisce che un'altra amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su questo organismo un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”.

²⁰⁸ In tal senso si veda M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, (a cura di) M. P. CHITI, Bologna, 200; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005; A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, 1/2005. In senso contrario si esprimono quegli autori che escludendo la riconducibilità del modello della società mista agli affidamenti diretti, ne sostengono, in presenza di taluni accorgimenti, l'utilizzabilità. Si veda a tal proposito F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, 83; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. CASSESE), Milano, 2003; L. AMMANATI, *Sull'inattualità della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004; G. CAIA, *Autonomia territoriale e*

In secondo luogo, con la pronuncia *Stadt Halle* si è aperta una fase caratterizzata da orientamenti fortemente restrittivi, propri della giurisprudenza comunitaria, i quali hanno introdotto una vera e propria preclusione circa l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società mista, ritenendo irrilevante, a tal fine, la preventiva selezione del socio privato.

Insomma, per i giudici comunitari è la commistione tra pubblico e privato che esclude in radice la possibilità di un affidamento diretto, generando una relazione inter-soggettiva alla quale necessariamente devono applicarsi i principi del mercato interno.²⁰⁹ Infatti, tale commistione per la Corte di Giustizia poteva essere anche solo potenziale in quanto si riteneva che, *“qualora durante la vigenza del contratto, il capitale della società viene aperto ad azionisti privati, si determina un affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale e ciò contrasta con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario. Infatti, la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società impedisce in ogni caso che l'autorità pubblica concedente possa esercitare su di essa un controllo analogo a quello svolto*

concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁰⁹ In tal senso si veda R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, il quale osserva che *“non sembra che, ai fini della compatibilità comunitaria della disposizione, possa essere data eccessiva rilevanza alla selezione del socio privato attraverso gara, laddove per i giudici comunitari è la commistione tra pubblico e privato che esclude in radice la possibilità di affidamento diretto (...) occorre comunque porre in risalto come la situazione di vantaggio di cui godrebbe il partner privato non viene risolta dalla mera circostanza che esso sia selezionato secondo le procedure di evidenza pubblica.”*

sui propri uffici”.²¹⁰ In definitiva, tale orientamento, di “*totale chiusura*”²¹¹, trovava applicazione in quanto si basava su una rigida interpretazione del diritto comunitario e dei suoi tradizionali principi, i quali vieterebbero sistemi di affidamento diretto del servizio, al di fuori dello stretto ambito dell’eccezione *in house*.²¹²

In merito, la giurisprudenza a livello nazionale aveva recepito quanto affermato dai giudici comunitari, affermando che “*la presenza di soci privati è senz’altro incompatibile con l’affidamento diretto del servizio di un’entità giuridicamente distinta dall’amministrazione aggiudicatrice*”, imponendosi invece il rispetto dei principi di “*trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione*”. Infatti, la partecipazione al capitale da parte di soggetti privati, anche in misura minoritaria, “*esclude in ogni caso che tale Amministrazione possa esercitare su suddetta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*”. In particolare, l’esistenza di interessi privati “*introdurrebbe nella dinamica societaria interessi privati ed obiettivi differenti da quelli proprio della P.A., impedendo di ravvisare nell’affidataria, malgrado la distinta personalità sul piano formale, una longa manus dell’amministrazione, priva di autonomia sostanziale e, perciò, di quella necessaria alterità che*

²¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, in *Foro amm. CDS* 2006, 1109.

²¹¹ Così la citata sentenza del Cons. Stato, Ad.Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

²¹² In tal senso cfr. G. PIPERATA, *L’affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*; F. G. SCOCA, *Il punto sulle cosiddette società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, il quale, tuttavia, sottolinea il rischio che tale soluzione dissuaderebbe i privati dal partecipare alle società miste, dal momento che non avrebbero alcuna certezza che la società in cui hanno investito i propri capitali, risulterà aggiudicataria della gara per l’affidamento del servizio.

sola consente di identificare quell'incontro di volontà di persone distinte in cui si concretizza anche il contratto di appalto".²¹³

È appunto in questa prospettiva che, sullo sfondo, emerge l'obbligo della doppia gara. Infatti, *"la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio privato a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio"*.²¹⁴ Dunque, per il diritto comunitario la doppia gara è indispensabile, nonché obbligatoria in presenza di società miste, in quanto quest'ultime sono riconducibili all'alveo del partenariato pubblico-privato, a sua volta equiparabile alle concessioni,²¹⁵ con la conseguente applicabilità delle regole e dei principi previsti a livello comunitario per le concessioni. Inoltre, tale esigenza si è palesata anche nel nostro ordinamento attraverso l'affermarsi dell'orientamento secondo cui la scelta del socio imprenditore

²¹³ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 gennaio 2006, n. 729, in *Foro amm. Tar*, 2009, 269; TAR Lazio Latina, 5 maggio 2006, n. 310 in *Foro Amm.*, 2006, 1770.

²¹⁴ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana-sez. giurisdizionale, 27 ottobre 2006, n. 589, in *Guida al diritto*, 2006, 47.

²¹⁵ La concessione di lavori pubblici è definita come un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo; la letteratura sul tema è sconfinata. Tra gli altri B. RAGANELLI, *Concessione di lavori e di servizi*, in *I contratti della pubblica amministrazione, Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2007; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2005; E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Giuffrè, Milano, 2000. Esistono poche norme che garantiscono un livello minimo di pubblicità, attraverso l'emanazione di un bando di gara (art. 58) e che valgono solo per concessioni "sopra soglia" (6.242.000 Euro). Rimane fermo il principio generale secondo cui *"le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza"*. L'amministrazione aggiudicatrice è libera di scegliere la procedura più appropriata al caso concreto ed anche di esperire la procedura negoziata, nel rispetto dei principi generali già ricordati. Anche alle concessioni si applicano i principi generali di diritto comunitario.

privato nelle società miste di servizi a capitale maggioritario non può sottrarsi ai principi concorrenziali dell'evidenza pubblica.

Altra tesi, invece, ha tentato di ampliare l'interpretazione dell'art 113, comma 5, lett. b) T.U.E.L., sostenendo al riguardo che *“le società miste possono ricevere l'affidamento diretto di servizi pubblici a rilevanza economica solo a condizione che la scelta dei soci privati sia effettuata con procedure ad evidenza pubblica e purché che la costituzione di una società a cui si intende affidare un servizio pubblico o l'apertura a terzi del suo capitale sia presentata con la necessaria trasparenza verso tutti i potenziali interessati come una forma di affidamento di un servizio pubblico o di un appalto di servizi o forniture, di modo che il risultato sia effettivamente assimilabile a quello di una gara.”*²¹⁶

Come evidente, l'esistenza di simili orientamenti, divergenti tra loro, genera un quadro di intollerabile e fuorviante incertezza, tale da rendere urgente un intervento chiarificatore circa la compatibilità delle società miste rispetto all'ordinamento comunitario. Del resto, l'importanza rivestita dalle diverse ipotesi di partenariato pubblico-privato, nonché la diffusione massiccia, su scala nazionale, delle società miste nel settore dei servizi pubblici connessa all'esigenza di assicurare una solida legittimità al fenomeno, rendeva ancora più pressante l'esigenza di un chiarimento.

Sul punto interviene, dapprima, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, chiamato ad esaminare in sede consultiva un caso specifico sottoposto dal Ministero delle Politiche agricole e forestali.²¹⁷ In tale occasione il giudice amministrativo ha potuto

²¹⁶ Cfr. TAR Lombardia, sez. Brescia, sent. 2 maggio 2006, n. 422.

²¹⁷ Si tratta del parere della sez. II, parere n. 2007/456 del 18.4.2007.

esaminare il fenomeno delle società miste pubblico-private - oltre quello non meno problematico dell'*in house providing* – fornendo, con apprezzabile fermezza, una soluzione interpretativa che limitava la possibilità di precedere ad un affidamento diretto in favore delle società miste. Nella specie, si pone anche in evidenza la difficile convivenza, nelle procedure di evidenza pubblica, della duplice veste che l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ricoprire, ossia quella di stazione appaltante e di socio di una delle società aspiranti all'affidamento.

In sostanza si è affermato, a tal proposito, che l'impossibilità di ricondurre la società mista all'istituto dell'affidamento *in house* non varrebbe, tuttavia, ad escludere di per sé - a condizione che il *partner* privato sia opportunamente selezionato mediante gara pubblica - la compatibilità di tale società con l'ordinamento comunitario e nazionale. Si sosteneva, a tal proposito, che al fine di affermare la tutela e la promozione del mercato concorrenziale, atteso che l'affidamento a soggetti interamente pubblici rappresenti un'inesorabile, ancorché legittima, negazione del mercato²¹⁸, fosse indispensabile l'impiego di forme di gestione riconducibili al modello della società mista, capace di rimettere in gioco il mercato e i privati, tramite regolari procedure di gara e con precise garanzie volte a delimitare l'oggetto e, soprattutto, la durata dell'affidamento.

In altri termini, in quella sede si è stabilito come, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale, appaia legittimo ipotizzare un affidamento

²¹⁸ Cfr. C. IAIONE, *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm.-TAR*, 2006, 39 ss. secondo cui: "L'autoproduzione – escludendo in radice la concorrenza per (o nel) mercato – non fa sorgere l'esigenza di tutelare la parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento del contratto e del servizio".

diretto ad una società pubblico-privata ai sensi dell'art.113, comma 5, lett. b), T.U.E.L., a condizione che il socio venga scelto con una procedura ad evidenza pubblica e che l'affidamento diretto avvenga in favore di *“una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara”*.

Il ragionamento assume rilevanza nell'ambito della attuale disciplina *ex art. 23-bis* nella misura in cui il Consiglio di Stato si concentra sulle *qualità* che il socio privato deve possedere. Infatti, sul presupposto che la gara per l'affidamento del servizio rappresenta un *continuum* della gara per la scelta del socio, il socio selezionato deve, *in primis*, configurarsi come *“socio industriale od operativo”* e, in secondo luogo, occorre che esso non diventi *“socio stabile”*, dovendosi, a tal fine, prevedere un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento. Tali caratteristiche, a ben vedere, sono connaturate alla posizione rivestita dal socio nella società mista e si riflettono sulle medesime capacità operative della società. Quest'ultima, infatti, non potrà subappaltare l'oggetto dell'affidamento, poiché *“il servizio operativo viene affidato direttamente in appalto, per tutto il suo valore, al socio industriale che opera sotto il controllo del socio pubblico.”*²¹⁹

²¹⁹ Cfr. Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit., in *Foro.it* 2007, III, 611.

Il problema della doppia gara è stato avvertito anche a livello comunitario quale decisivo elemento da definire al fine chiarire le forme di un preciso utilizzo degli strumenti di partenariato pubblico- privato c.d. “istituzionalizzato”. Al riguardo si è, infatti, sostenuto che “ *l’incertezza giuridica che regna intorno alla partecipazione di partners privati ai PPPI può nuocere al successo della formula. Il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario, può dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*”.²²⁰

L’impostazione accolta a livello nazionale, sebbene abbia il pregio di introdurre chiarezza in una disciplina tormentata da ripetuti interventi normativi, attua in maniera piuttosto rigorosa i principi di libera concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali.²²¹ Infatti, l’art. 23-*bis*, nella sua formulazione originaria, riconosceva la centralità della gara per la gestione del servizio relegando i meccanismi di affidamento diretto nell’area delle situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, ambientali, sociali del contesto territoriale di riferimento, non

²²⁰ Si veda la Commissione UE, *Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPPI*, 5 febbraio 2008, C(2008)6661.

²²¹ TAR Calabria Reggio Calabria, 7 novembre 2008, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. rg. sic., sez. giurisd., 27 ottobre 2006, n. 589, in *Guida al dir.*, 2006, 47, 83, secondo cui “*la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un’interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell’art. 113, comma 5, lett. b), d.lg. n. 267 del 2000*”, con ciò rendendo, di fatto, impraticabile ed inattuabile il disposto di cui all’art. 113, comma 5, lett. b), d.lg. n. 267 del 2000, nonché l’esplicita previsione comunitaria circa la legittimità delle forme di partenariato pubblico - privato istituzionalizzato.

permettevano un utile ricorso al mercato. Inoltre, gli affidamenti in deroga dei limiti consentiti dall'ordinamento comunitario dovranno subire il vaglio di compatibilità da parte dell'Autorità garante. Inoltre, attraverso l'abrogazione in termini di incompatibilità delle previsioni contenute nel comma 5 dell'art. 113 del T.U.E.L., le società miste si trovavano senza alcuna specifica disciplina, con la conseguenza che, ad una riconosciuta importanza in sede comunitaria, corrispondeva un'assenza di disciplina legislativa a livello nazionale.

Al riguardo, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ha evidenziato la necessità di individuare alcune condizioni minime di ammissibilità dell'affidamento del servizio, tra le quali la previsione di una *“gara unica per l'affidamento del servizio pubblico e per la scelta del socio, in cui questo si configuri come socio industriale o operativo, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico”*.²²²

Nella stessa linea, il Consiglio di Stato ribadiva come ogni contratto dell'ente pubblico da cui derivi un'entrata o una spesa

²²² AVCP, *Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133*, Segnalazione al Governo e al Parlamento, 4/2009, pag. 6. Peraltro, è da notare che nella versione originaria del testo proposto con l'emendamento del Governo, era previsto che alle gare potessero partecipare società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che avessero scelto il socio privato mediante procedure competitive. La disposizione lasciava, però, trasparire la volontà dell'esecutivo di escludere dalle competizioni le società a capitale misto, ove il partner privato non fosse stato scelto con gara. Come è stato ribadito, sul punto, dalla Commissione Europea nella comunicazione interpretativa 2008/C91/02 pubblicata sulla Gazzetta dell'Unione Europea del 12 aprile 2008, in qualsiasi ipotesi di partnership pubblico-privata *“le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi (...). In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista”*.

debba essere preceduto da una gara (art. 3 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440), evidenziando, così, la necessità per la pubblica amministrazione di far ricorso a procedure di evidenza pubblica ogniqualvolta si voglia scegliere un socio privato per la costituzione di una società mista, indipendentemente dal tipo di attività che tale società debba espletare.²²³

E' noto, peraltro, che il quarto considerando della direttiva 2004/18/CE sollecita in maniera espressa gli Stati membri a provvedere affinché la partecipazione di un organismo a diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in qualità di offerente non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati.

In questa logica di tutela della libera concorrenza, l'intento originario del legislatore, con l'art. 23-*bis*, era quello di circoscrivere fortemente i margini di operatività delle società miste, più per timore di un possibile abuso del modello, che per reali ragioni giuridiche. In tal modo, prevalenti ragioni di interesse pubblico si comprimeva la libera iniziativa in capo ad un soggetto economico operante nel mercato.

Nel nuovo testo dell'art. 23-*bis*, non figura la previsione di escludere dalla partecipazione alla gara le società miste con socio privato scelto senza gara, posizione maggiormente ossequiosa dei più pregnanti e generali principi del diritto comunitario, secondo cui qualsiasi entità a capitale privato è libera, al pari di ogni operatore economico, di partecipare a gare pubbliche di appalto indette sul territorio degli stati membri. Non a caso, la riforma dell'art. 23 *bis* (operata con il d.l. 135 del 2009, convertito con la l. n. 166 del 2009) ribadisce appunto il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata

²²³

Consiglio di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 889.

pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, dettati a livello comunitario.

Pertanto, la società mista recupera una propria dignità e dimensione di intervento, configurandosi oggi come forma ordinaria di gestione del servizio pubblico e, quindi, pienamente compatibile con i principi e le regole del diritto comunitario della concorrenza ai sensi del comma 1 dell'art. 23 *bis*.

Peraltro, la disciplina rimane generica, operando il legislatore un rinvio al “rispetto dei principi della disciplina comunitaria” (comma 3), quale presupposto necessario per legittimare una deroga alle modalità di affidamento ordinario. La scelta operata dal legislatore, se da un lato sembra ricollegarsi alla citata evoluzione giurisprudenziale - il cui punto d'arrivo sembra essersi, in qualche misura, consolidato –, dall'altro non sfugge alle critiche di chi rileva come sia pericoloso introdurre rinvii “mobili” a principi giurisprudenziali nell'ambito di testi normativi, in virtù delle potenziali incertezze applicative che possono generarsi.²²⁴

In questo quadro, non è facile dire se una riforma dei servizi pubblici locali che si caratterizza in questo modo sia idonea a favorire, come pure dichiaratamente affermato dal legislatore, “la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti

²²⁴ Appare inoltre probabile che qualora le indicazioni formulate dal Consiglio di Stato fossero state recepite in forma espressa dall'art. 23-*bis*, ciò avrebbe conferito alla riforma il valore aggiunto di beneficiare del frutto delle più autorevoli elaborazioni giurisprudenziali sviluppate nella materia *de qua*. Diversamente, il richiamo indiretto fatto dal comma 3 alla necessità che la deroga all'obbligo di assegnare la gestione del servizio con gara abbia luogo “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”, non appare un assunto altrettanto idoneo a regolamentare con chiarezza il punto in questione, anche se è difficile dire che sia davvero prevalso l'intendimento di apportare un giro di vite alle modalità di scelta del contraente da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, restringendo il campo d'azione della deroga alla gara esclusivamente alla fattispecie degli affidamenti in house, e non anche a quella delle società miste pubblico-private.

gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale". Sembra più prudente affidare l'ultima parola ai fatti, nella consapevolezza che la comprovata difficoltà organizzativa da parte degli enti locali di indire complesse gare ad evidenza pubblica sul territorio, possa indurre a nutrire più di qualche dubbio in ordine alle reali prospettive del settore.

2.5. I principi comunitari nella scelta del contraente

In tema di selezione del socio privato, così come, in generale, nell'ambito delle procedure di selezione di un contraente da parte delle amministrazioni pubbliche, deve sempre imporsi il rispetto dei principi di parità di trattamento e di concorrenzialità oltre che degli altri principi fondamentali del Trattato.

La Commissione Europea nel *Libro verde* sul PPP è ferma nell'esigere il rispetto del principio in base al quale nell'assegnazione della gestione di un servizio ad un terzo, la pubblica amministrazione è tenuta a procedere secondo modalità regole chiare e trasparenti, prevedendo "*modalità di esecuzione [che] non devono avere un'incidenza discriminatoria diretta o indiretta o ostacolare in modo ingiustificato la libera prestazione di servizi o la libertà di stabilimento*".²²⁵ In particolare, si impone il rispetto delle norme del Trattato UE in materia di libera prestazione dei servizi, diritto di stabilimento ed i principi fondamentali da questo derivanti, soprattutto quello di non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità, trasparenza e concorrenza. Ciò è inoltre indicato nel considerando n. 2 della direttiva 2004/18/CE, che evidenzia come la finalità

²²⁵

Cfr. *Libro Verde*, cit., par. 44.

perseguita dal diritto comunitario sia, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei “*principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*”.²²⁶

In ambito nazionale, la Corte costituzionale ha affermato che l'osservanza dei principi comunitari menzionati costituisce attuazione delle stesse “*regole costituzionali*” di *imparzialità* e del *buon andamento* che devono guidare l'*agere* della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.²²⁷ Inoltre, l'osservanza delle prescrizioni comunitarie e nazionali in tema di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'*efficacia* e dell'*efficienza* dell'attività dei pubblici poteri.²²⁸ Pertanto, in via generale, la disciplina delle PPP deve

²²⁶ Considerando 2, direttiva 2004/18/CE, cit. sup.

²²⁷ Corte Costituzionale, sentenza 23.11.2007, n. 401, in cui si osserva che “*Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale.*”

²²⁸ Per un commento sui principi costituzionali sulle pubbliche amministrazioni da ultimo B. RAGANELLI, *Amministrazioni pubbliche - principi costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore - Diritto amministrativo*, 2007. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*,

conformarsi ai principi contenuti nel Trattato e quelli introdotti, in sua applicazione, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.²²⁹ Ne consegue che il giudice nazionale è tenuto a conformarsi alla disciplina posta a livello comunitario, disapplicando la normativa interna in contrasto con il diritto comunitario.²³⁰

In materia di accesso alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, il valore della libertà d'impresa e del diritto di iniziativa economica si manifesta, dunque, nella essenziale previsione di un sistema di regole chiare e puntuali secondo moduli che garantiscono la più ampia partecipazione dei soggetti

Cedam, Padova, 2006; G. NAPOLITANO, *Pubblica amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese*, 2006, pp. 4741 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 173 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione: documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Giappichelli, Torino, 2002; E. CASSETTA-S. FOÀ, voce *Pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. I, Utet, Torino, 2000, p. 436 ss.;

²²⁹ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, Circolare 1 marzo 2002, n. 3944, Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori, *GU* 3 maggio 2002, n. 102. La Corte di giustizia ha affermato che "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato" (Corte giust., 3 dicembre 2001, causa 59/00). Sul punto vedi anche B. RAGANELLI, *Amministrazioni pubbliche - principi costituzionali*, *op. cit.*

²³⁰ Sul tema della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, si rinvia alla giurisprudenza della Corte di giustizia CE è piuttosto vasta, basti ricordare la sentenza *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte* del 1963, la sentenza *Costa c. Enel* del 1964, la sentenza *Le Verts c. Parlamento europeo* del 1986 e la sentenza *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal SpA* del 1978. Sul principio di prevalenza del diritto comunitario e il principio dell'interpretazione conforme tra gli altri cfr. E. PICOZZA, *op. cit.*, 2006, p. 90 ss. e p. 132 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 12 ss. Per quanto riguarda in particolare le concessioni di lavori, l'art. 1 dir. n. 89/665/Cee prescrive che, qualora le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto, gli Stati membri prendano i provvedimenti necessari per garantire che tali decisioni possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

economici e riducono gli spazi di discrezionalità delle singole amministrazioni.

I principi comunitari fondamentali rilevanti in materia di affidamento di appalti e concessioni sono individuabili, quali introdotti dalle direttive di armonizzazione e recepite nel Codice degli Appalti, nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 1 agosto 2006²³¹ e, nello specifico, sono riconducibili il principio di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.²³²

Il principio di parità di trattamento, connesso con quello di non discriminazione, costituisce quindi un valore fondante della disciplina comunitaria. In particolare, come più volte affermato dalla Corte di giustizia, il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza, oltre ad essere un principio fondamentale del diritto comunitario rappresenta un'espressione specifica del principio generale di uguaglianza. Infatti, in tal modo si *"impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata"*, vietando, così, le

²³¹ Si tratta della *Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»*, Bruxelles, 1° agosto 2006.

²³² Sul tema è anche intervenuto, come accennato, il *Libro Verde* della Commissione europea sul Partenariato Pubblico Privato, con l'obiettivo di *"illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato e alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide e alle caratteristiche specifiche del PPP"*. Secondo il *Libro Verde*, infatti, *"qualsiasi atto sia contrattuale sia unilaterale attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi (artt. 43 e 49). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento"*.

discriminazioni palesi per ragioni di cittadinanza, nonché qualunque ipotesi di discriminazione dissimulata che, utilizzando anche altri criteri distintivi, in pratica comporti le stesse conseguenze.²³³ La sua definizione, inoltre, deve essere intesa anche come obbligo di definizione di "*regole del gioco*" chiare ed eque e rese pubbliche con modalità tali da porre i potenziali concorrenti di una gara nella stessa condizione di partenza ed applicabili in modo uniforme, rendendo effettivo il mercato della concorrenza. Ciò implica, di conseguenza, l'individuazione di condizioni di accesso non discriminatorie all'attività economica, oltre all'introduzione da parte delle autorità pubbliche di ogni misura adatta a garantire l'esercizio di tale attività.

Le amministrazioni, dunque, sono tenute a garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga nel rispetto delle regole e dei requisiti stabiliti inizialmente.

Il principio della parità di condizioni tra tutti i concorrenti, peraltro, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice di attribuire rilevanza ad una modificazione all'offerta iniziale fatta da un solo concorrente, il quale potrebbe, porsì, così, in una situazione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti. Naturalmente, tale principio non può non applicarsi anche quando i concorrenti formulano le loro offerte, le quali devono essere valutate in base a criteri obiettivi.

Inoltre, come affermato dalla Corte di Giustizia, i criteri che sono alla base dell'individuazione dell'aggiudicatario non possono essere modificati nel corso della procedura e devono essere applicati in modo oggettivo ed uniforme a tutti i

²³³

Corte di Giustizia, 8 ottobre 1980, causa 810/79 (*Uberschar*).

partecipanti, ciò al fine di selezionare la scelta “*migliore*” per la pubblica amministrazione.²³⁴

Tale principio, strettamente connesso al principio di parità di trattamento, garantisce effettive condizioni di concorrenza ed esige, altresì, che le amministrazioni concedenti rendano pubblica la loro intenzione di ricorrere ad una procedura di gara o concessione.²³⁵

2.6 Il *Project financing*: uno strumento di finanza innovativa

L'attuale inadeguatezza del finanziamento pubblico tradizionale in relazione alle opere pubbliche ha portato alla constatazione dell'inidoneità dell'intervento pubblico statale a soddisfare la domanda di rinnovamento di molte infrastrutture nei servizi pubblici locali. Peraltro, i vincoli più stringenti della finanza pubblica, nonché il frazionamento delle risorse e la difficoltà di coordinamento derivanti dal decentramento

²³⁴ Ulteriori effetti della concorrenza *per* il mercato, poi, sono la riduzione del margine di profitto dell'aggiudicatario finale, sia in termini di prezzo corrisposto dall'amministrazione, sia in termini di proventi della gestione, anche con riferimento alla durata della stessa. In tal senso l'esperibilità di procedure ad evidenza pubblica risulta finalizzato anche a selezionare "*l'offerta economicamente più vantaggiosa*" per la pubblica amministrazione.

²³⁵ Secondo le indicazioni fornite dalla Commissione europea nella citata comunicazione interpretativa, nonché ribadita dalla giurisprudenza della Corte, le prescritte forme di pubblicità devono contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione e attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà, poi, in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative.

istituzionale hanno contribuito non poco a rendere sempre più complesso il ricorso alle usuali forme di finanziamento delle opere pubbliche.

Una possibile soluzione al problema si è ravvisata nello strumento del *project financing*²³⁶, che non rappresenta una generica modalità di finanziamento di un investimento pubblico, quanto piuttosto un sistema complesso di finanziamento e esecuzione di un'opera o altro progetto, che è diretto a realizzare e gestire un'infrastruttura pubblica utilizzando un metodo di indebitamento adoperato anche nel settore privato e potenzialmente efficace e funzionale nel caso di infrastrutture pubbliche con lunga durata di vita.

Il *project finance*²³⁷ è dunque una modalità di finanziamento di progetti, che si caratterizza per ingenti investimenti di capitale iniziali e che è finalizzata a ottimizzare l'allocazione dei rischi progettuali da parte dei molteplici attori del progetto.²³⁸ In estrema sintesi, il suo scopo ultimo è “la

²³⁶ Nella letteratura e nella prassi ci si riferisce al “*project finance*” o al “*project financing*” per indicare lo stesso fenomeno. Cfr., sul punto, Nevitt-Fabozzi, *Project financing*, London, 2000; Marchetti, “*Il project finance*”, in *Banca e mercati*, n. 98, 2009, *Il project financing in Italia*, Milano, 2006.

²³⁷ Nei paesi industriali l'esperienza più matura è quella della Gran Bretagna, con la *Private Finance Initiative* avviata nel 1992 e ripresa e sviluppata dai successivi governi laburisti con la fondazione del *Private Finance Panel*. A livello internazionale la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) ha predisposto nel 2000 l'”*UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*” e il “*Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*” che contengono un insieme di principi legislativi raccomandati al fine di creare un quadro normativo favorevole ai progetti infrastrutturali finanziati privatamente. Come visto, anche la Commissione UE ha presentato nell'aprile 2004 un Libro Verde sulla materia (COM 2004/327), *cit. sup.*

²³⁸ La definizione classica di *project finance* è quella di un “*finanziamento concesso ad una particolare unità economica [...] nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia*”

realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico – finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività”.²³⁹

Si tratta, in sostanza, di un meccanismo di redistribuzione del rischio che consente di isolare i risultati economici di un'iniziativa di costruzione e gestione di un'infrastruttura, finalizzandoli in primo luogo al rimborso dei finanziatori. Gli attori del sistema di finanziamento includono: il promotore (colui che dà forma all'idea e la guida nel percorso di formulazione fino a diventare progetto); il *developer* (il soggetto, scelto tra i promotori, che cura le analisi di primo livello sulla fattibilità del progetto)²⁴⁰; il finanziatore (ossia il consulente finanziario del progetto, che ha il compito di validare nei confronti degli investitori il *business plan* e di scegliere altri *advisor* dell'operazione); la società di progetto (alla quale viene assegnato il compito dell'esecuzione del progetto).

La caratteristica principale del *project financing* è di presentare una struttura variabile in funzione del progetto che si

*per lo stesso”, così si è espresso Nevitt K.P., in Project Financing, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987, 13. L'istituto è stato prevalentemente studiato dalla dottrina aziendalistica, come forma di finanziamento alternativa al tradizionale finanziamento di impresa: Imperatori, *Il project financing - Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995. V. inoltre sull'istituto Draetta U. - Vaccà C. (cur.), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Egea, Milano, 1997; De Sury P. - Miscali M., *Il Project Finance*, Milano, Egea 1995.*

²³⁹ Così Cons. Stato, sez. IV, n. 3319 del 28 maggio 2009; cfr. anche, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043.

²⁴⁰ In particolare, egli predisporrà una pianificazione delle attività scandendo i tempi ed evidenziando le criticità e redigendo il budget dei costi di sviluppo.

intende finanziare. La complessità del progetto e le sue diverse finalità, infatti, lasciano ipotizzare per una stessa iniziativa numerose soluzioni alternative teoricamente possibili.

Il processo di organizzazione di un *project financing*, dunque, richiede, al pari dell'attività imprenditoriale, una buona dose di creatività, nonché di flessibilità negoziale. Ecco, quindi, che esso si traduce in scambio di competenze, network, integrazione tra pubblico e privato, al fine di garantire alla Pubblica Amministrazione rispetto il conseguimento di vantaggi finanziari ed organizzativi a parità o superiorità di servizio.

La fase più delicata consiste nella determinazione e contrattualizzazione degli *standard* di servizio richiesti, nella definizione contrattuale dei meccanismi di controllo a presidio del loro raggiungimento, nella fissazione di meccanismi sanzionatori adeguati, nella definizione di modalità di uscita che salvaguardino la continuità del servizio nel caso di inadempienza della società di progetto. Per tali necessità, il finanziamento è assistito da apposite garanzie, le quali sono costituite esclusivamente da accordi contrattuali fra le parti coinvolte e dal valore delle attività finanziate.

L'insieme dei rischi dell'iniziativa²⁴¹ è ripartito fra i partecipanti mediante una rete di rapporti contrattuali e

²⁴¹ Le tipologie di rischi definiti dall'Eurostat (cfr. la Decisione Eurostat "*Treatment of public-private partnerships*", in data 11.2.2004) sono: a) i rischi di realizzazione: incremento dei costi di realizzazione, ritardi e inconvenienti che si possono verificare nella fase di progettazione e costruzione. Il trasferimento del rischio al privato implica che i pagamenti dell'ente pubblico (riferiti alla realizzazione dell'opera) riflettano strettamente le condizioni del contratto; b) i rischi di disponibilità: riguardano la possibilità che il concessionario non sia in grado di erogare la quantità e la qualità dei servizi previsti nel contratto. In questo caso il trasferimento del rischio sul concessionario richiede una stretta correlazione fra pagamenti dell'ente pubblico per i servizi e quantità e qualità dei servizi previste dal contratto; c) i rischi di domanda: sono legati alla possibilità che la domanda che effettivamente si realizza sul mercato differisca da quella ipotizzata ex ante. In questo caso è efficiente allocare il rischio al privato solo se la domanda del servizio riflette effettivamente la domanda del mercato anziché le scelte

assicurativi²⁴², che dovrebbe assicurarne un'attribuzione efficiente oltre che ridurre gli effetti negativi delle asimmetrie informative mediante la definizione di incentivi adeguati per i partecipanti.

Si tratta, dunque, di un metodo che, per la complessità dell'operazione, richiede elevate competenze oltre che il coinvolgimento di operatori specializzati (promotori, realizzatori, consulenti finanziari, finanziatori, consulenti legali) deputati a svolgere i più svariati ruoli.

Certamente, le peculiarità di tale strumento non lo rendono il metodo di finanziamento idoneo nelle situazioni in cui, ad esempio, l'ente locale si trovi in una situazione di fatto, tale da non consentire il raggiungimento di risultati efficienti. Infatti, l'effetto che si potrebbe generare sarebbe deleterio, in particolare si assisterebbe ad un aumento dei costi di finanza, ad una alterazione della concorrenza tanto nella fase di costruzione che in quella successiva di gestione dell'infrastruttura, potendosi infine rivelare, in alcuni casi, un mero meccanismo di aggiramento dei vincoli sugli impegni finanziari e di investimento a cui sono soggetti gli enti pubblici.²⁴³

Vi sono, poi, possibili inconvenienti nel *project finance* rispetto alla più tradizionale soluzione di separare costruzione e gestione, discendenti dalla limitazione dei meccanismi

politiche. Il trasferimento effettivo del rischio al privato dovrebbe inoltre essere valutato sulla base della presenza di garanzie pubbliche, di finanziamenti pubblici, anche in natura, del sistema di penali, della previsione di pagamenti per prestazioni non erogate (minimi garantiti) e dell'allocazione finale delle attività prodotte.

²⁴² Sul tema, vedi Rabitti, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 224 ss.

²⁴³ Cfr. sul punto, IMPERATORI, *Il project financing - Una tecnica, una cultura, una politica*, cit., pag. 21; DRAETTA U. - VACCÀ C. (cur.), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., pag. 43.

concorrenziali che consentirebbero di scegliere separatamente il costruttore e il gestore più efficienti.

Il *project finance* acquista, dunque, un senso economico solo ove si realizzi una migliore efficienza complessiva, tale da compensare gli elevati costi transattivi e contrattuali ad esso connessi, per cui tale strumento risulta essere più adatto per la realizzazione di opere di grande dimensione o di particolare complessità.

Il vantaggio nell'utilizzo del *project finance* è dato dal fatto che in tal modo l'ente pubblico può realizzare, o contribuire alla realizzazione, di opere per la prestazione di beni servizi a vantaggio della collettività di riferimento senza sostenere integralmente gli investimenti, spesso ingenti, che si rendono necessari.

Inoltre, numerosi benefici si traggono dallo sfruttamento delle potenzialità dell'interazione con gli operatori privati, preferibilmente dotati di maggiore esperienza e di particolare specializzazione nell'attività che si intende avviare e generalmente più caratterizzati sotto il profilo manageriale. Ciò è tanto più rilevante se riferito all'attuale contesto nel quale le capacità di spesa delle amministrazioni pubbliche sono limitate per effetto, tra l'altro, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno e della riduzione dei trasferimenti erariali, che impongono sempre crescenti esigenze di ricorso a fonti alternative.

Le peculiarità del *project finance* rispetto ad altre modalità di fornitura di servizi pubblici locali è l'integrazione fra: *i*) il reperimento di risorse finanziarie; *ii*) l'appalto per la costruzione dell'infrastruttura; *iii*) la gestione del servizio.

Rispetto all'appalto tradizionale, in cui le fasi di costruzione e gestione sono separate, l'utilità del *project finance* si manifesta quando l'integrazione fra l'infrastruttura e l'uso della

stessa introduce sinergie altrimenti assenti. Inoltre, il legame tra costruzione e gestione può favorire innovazioni tecnologiche volte a migliorare l'infrastruttura o a ridurre i costi di gestione, in quanto consente ad esempio al costruttore di beneficiare delle relative esternalità positive.

Quando, poi, il *project finance* riguarda i servizi pubblici locali, è possibile che l'ente pubblico introduca forti vincoli all'attività di impresa, non solo in termini di quantità e qualità del servizio, ma soprattutto fissando livelli tariffari che possono rendere non redditizia l'operazione per i privati. Si parla, in questo caso, di “*opere fredde*”, che non si remunerano con i soli proventi derivanti dagli utenti finali (come le “*opere calde*”)²⁴⁴ ma anche con il pagamento di un canone di esercizio da parte della pubblica amministrazione.²⁴⁵

La semplice presenza di contributi o altre forme di copertura dirette o indirette che si aggiungono ai proventi non sviscerisce, tuttavia, la natura della finanza di progetto qualora essa produca benefici in termini di allocazione del rischio. In questo caso lo strumento consente di conseguire un aumento dell'offerta di servizi pubblici e una loro più efficiente gestione anche nel caso

²⁴⁴ Le “*opere fredde*” sono opere in cui la funzione sociale è assolutamente predominante e che non consentono, per tale motivo, l'applicazione di tariffe o in cui il livello socialmente accettabile delle tariffe è talmente basso da non generare flussi di cassa in grado di consentire il rimborso dei fondi impiegati. Le “*opere calde*” sono, invece, opere per le quali è possibile applicare un prezzo del servizio, come controprestazione che l'utente è tenuto a effettuare per fruire del servizio stesso; si tratta, quindi, di opere che consentono di svolgere un'attività organizzata di tipo imprenditoriale, con costi e ricavi (cd. servizi a rilevanza imprenditoriale). In concreto, infatti, sono stati realizzati soprattutto progetti per la costruzione e gestione di centrali di cogenerazione di elettricità e vapore; progetti relativi alla costruzione di oleodotti o gasdotti; trasporti ferroviari (ad. es. l'Eurotunnel); parchi di divertimento (Eurodisney); parcheggi; autostrade.

²⁴⁵ Il caso rientra nel modulo operativo BOST (“*build, operate, subsidize, transfer*”).

in cui i ricavi commerciali non siano sufficienti a coprire i costi e la pubblica amministrazione disponga il pagamento di canoni in favore del concessionario.

Un ostacolo rilevante, tuttavia, all'utilizzo del *project finance* da parte della pubblica amministrazione discende dalla natura di servizio pubblico delle prestazioni, che espone la stessa (la quale resta il responsabile di ultima istanza) a rischi di "cattura" da parte del concessionario privato e può scoraggiare l'utilizzo dello stesso da parte dell'ente locale.

La disciplina del *project financing* è stata di frequente modificata per adeguarla alle osservazioni e dalle critiche formulate in sede europea.²⁴⁶

²⁴⁶ Lettera 4 febbraio 2008. Commissione europea - Decisione della Commissione del 31 gennaio 2008. *Procedura di infrazione 2007/2309 ex art. 226 Trattato Ce. Incompleta trasposizione del « Codice appalti »*. Sul punto si veda B. CARAVITA di TORITTO, M. COLLEVECCHIO, *La procedura di infrazione Cee contro il codice dei contratti*, in *Atti del convegno IGI - 22 aprile 2008. I primi commenti al terzo correttivo*: R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in questa *Rivista Cds*, 2008, 1225; A. COLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2008; B. RAGANELLI, *Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, in *www.i-com.it Studio I-COM*, ottobre, 2008; M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008. Sulla previgente normativa G. DE MARZO, M. BALDI, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, II ed., 2004; AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. PICOZZA, Torino, 2005; AA.VV., *Finanza di progetto, Quaderni CESFIN* a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2004; AA.VV., *Project Financing e opere pubbliche*, a cura di G.F. FERRARI, F. FRACCHIA, Milano, 2004; S. SAMBRI, *Project Financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2006; G. F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI, Napoli, 2008, 217-250; AA.VV., *Finanza di progetto, problemi e prospettive*, in *Economia e Diritto del terziario* a cura di A. AMATO, n. 1, 2005. Per l'impostazione *law and economics* si veda G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006; B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi?*, Torino, 2006. Per gli aspetti privatistici A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; P. CARRIERE, *Project financing, problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999. Cass, sez. un, ordinanza 9 febbraio 2010, n. 2792, la domanda di risarcimento danni avanzata nei confronti della p.a. per illegittimo

Come noto, il *project finance* o finanza di progetto è stato introdotto nel nostro ordinamento con l'art. 11 della l. n. 415 del 1998 (detta Merloni *ter*)²⁴⁷, al fine di realizzare opere pubbliche evitando oneri finanziari immediati per la pubblica amministrazione²⁴⁸.

In pratica, la legge del 1998 prevedeva una concessione "*speciale*" per la costruzione e gestione di un'opera pubblica a favore del soggetto che la realizzava su terreno di proprietà pubblica. La norma prevedeva anche che, nel caso in cui la gestione dell'opera fosse particolarmente onerosa, il comune poteva contribuire alla sua realizzazione: detto contributo veniva

avvio o continuazione di una procedura di *project financing* appartiene, ai sensi della l. n. 205 del 2000, art. 6, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto non diretta a far valere un mero comportamento materiale dell'Amministrazione, ma una sua attività commissiva od omissiva direttamente e funzionalmente collegata all'affidamento dei lavori.

²⁴⁷ L. 18 novembre 1998, n. 415 *Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 284 del 4 dicembre 1998.

²⁴⁸ Con l'art. 11 della cd. Merloni *ter* sono stati inseriti, alla l. 11 febbraio 1994, n. 109, "*Nuova legge quadro in materia di lavori pubblici*" gli artt. da 37-*bis* a 37-*nonies*. Prima solo il legislatore regionale si era occupato di legiferare sull'istituto, cfr., ad es., l'art. 21, *Promozione privata di concessione di opere pubbliche* l.r. Sicilia n. 4/1996 e l'art. 37 *Realizzazione di lavori pubblici con capitale di rischio privato*; l.r. Valle d'Aosta n. 12/1996. Segni di interesse del legislatore per lo sviluppo del *project finance* si colgono anche nella riforma del diritto societario, fra cui la previsione (artt. 2447-*bis* e 2447-*decies*) dei finanziamenti destinati ad uno specifico affare e, in una prospettiva più ampia, l'arricchimento dei possibili strumenti finanziari emettibili dalle società. Va, però, segnalato che anche in precedenza il *project finance* non risultava sconosciuto al nostro ordinamento. Ad esempio, le concessioni autostradali stipulate dall'Anas, con le loro convenzioni e i piani economico-finanziari, con il ricorso dei concessionari al credito bancario, nazionale e internazionale, e al finanziamento obbligazionario, hanno attuato forme di *project finance* (si trattava di *project finance* spurio, in quanto il credito bancario e obbligazionario era, quasi tutto, garantito dallo stato). Anche in quei casi, lo strumento portante è stata la concessione di costruzione ed esercizio allora retta, nella sua essenza, insieme con alcune norme contenute nelle leggi speciali del comparto autostradale, dalla l. n. 1137/1929.

concesso a fronte di un controllo da parte dell'ente Pubblico sulle tariffe praticate all'utenza.²⁴⁹

Alla legge n. 415/1998 ha fatto seguito la legge del 1° agosto 2002, n. 166 (cd. legge Merloni-*quater*), che ha ampliato il numero dei potenziali soggetti promotori (includendovi le camere di commercio e le fondazioni bancarie ed ha abolito il limite temporale di durata della concessione).

Le novità introdotte dalla successiva legge 18 aprile 2005 (cd. Legge comunitaria 2004) riguardano sostanzialmente il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti sono tenute a pubblicare per indicare quali opere possono realizzarsi con capitali privati. Nel 2004, infatti, il legislatore nazionale ha dovuto adeguarsi alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nella procedura d'infrazione n. 2001/2182, con cui si contestavano all'Italia alcune difformità della legislazione nazionale con quella comunitaria in materia di appalti pubblici.

Il Codice dei contratti pubblici, in ultimo, ha riunito in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica, riscrivendo anche la disciplina nazionale del *project finance* agli articoli 153 a 160. Peraltro, la sostanza della disciplina non è mutata.

Da ultimo, la disciplina il *project finance* è contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2008 del 11 settembre 2008.²⁵⁰

²⁴⁹ Si osservi che con la riforma del 2002, questa clausola è stata abrogata, per cui di fatto le tariffe sono libere.

²⁵⁰ Nel 1999 è stata creata presso il CIPE l'Unità tecnica finanza progetto (UFP) il cui parere, dal 2002, è obbligatorio per progetti di ammontare elevato. La dispersione sul territorio dei committenti, la pubblicità ridotta (ad esempio prima del 2003 non era obbligatoria la pubblicazione dell'avviso di ricerca del promotore) soprattutto per i bandi di importo contenuto, la carenza di informazioni sugli importi delle gare rendono i dati sul PF, inclusi quelli sugli aspetti finanziari, molto parziali e incompleti.

La disciplina del *project finance* ha subito, nel corso del tempo, alcuni interventi tesi a conformarla alle indicazioni che provenivano dal quadro europeo applicabile in materia di contratti di opere pubbliche. In particolare, la Commissione Europea pur prendendo atto dell'abrogazione del diritto di prelazione disposta con il d.lgs n. 113 del 2007²⁵¹ ha, comunque, sottolineato la permanenza di una indebita posizione di vantaggio del promotore *“nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta”*.²⁵²

Nemmeno l'abrogazione del diritto di prelazione da parte del legislatore nazionale ha, quindi, superato integralmente i rilievi della Commissione, che ha rinvenuto profili di violazione della normativa comunitaria in relazione ad una fase antecedente alla procedura negoziata. In particolare, la disparità consisterebbe nella diretta ammissione del promotore a quest'ultima fase, indipendentemente da qualsiasi comparazione tra la sua proposta e le offerte presentate dai partecipanti alla gara, con violazione dei principi concorsuali di partecipazione dei concorrenti e *par condicio*. Anche la Corte di Giustizia, pronunciandosi sul ricorso

²⁵¹ Avvenuta con il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*. (c.d. II° Decreto correttivo al codice dei contratti pubblici).

²⁵² Nella decisione del 31 gennaio 2008 in merito a disposizioni del Codice dei contratti emanate in violazione delle Direttive Comunitarie 2004/17CE e 2004/18CE.

promosso dalla Commissione per inadempimento dello Stato Italiano, ha censurato le norme nazionali attributive del diritto di prelazione. Tuttavia, le osservazioni della Commissione sono state ritenute irricevibili dalla Corte, in quanto non indicavano “*quali di queste Direttive e/o disposizioni del Trattato la Repubblica Italiana avrebbe precisamente violato commettendo asseritamente una violazione del principio di parità di trattamento*”.²⁵³

La pretesa violazione delle direttive comunitarie da parte delle norme sul diritto di prelazione (nel frattempo abrogate dal legislatore nazionale) non è stata, quindi, dichiarata dalla Corte di Giustizia, che non è entrata nel merito della questione.

La riforma pone al centro della procedura una gara unica indetta dalla amministrazione per la individuazione del promotore. La pubblicità del bando di gara avviene a livello comunitario e non solo nazionale. A base della gara viene posto uno studio di fattibilità da parte dell'amministrazione. Le caratteristiche dell'opera da realizzare sono previste nello studio di fattibilità ed anche nel disciplinare di gara che indica l'ubicazione e la descrizione dell'intervento, la destinazione urbanistica, le tipologie del servizio da gestire. Le offerte devono, poi, contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario asseverato, le caratteristiche del servizio e della gestione. Il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'amministrazione redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta migliore. Successivamente pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore. È, poi, onere di questi procedere alle

²⁵³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez II, 21 febbraio 2008, in C-412-04, *Commissione Ce c. Repubblica Italiana*.

modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto (ove ciò si renda necessario). La concessione è aggiudicata al promotore nell'ipotesi in cui quest'ultimo accetti di modificare il progetto e, eventualmente, di adeguare il piano economico finanziario. In caso contrario, la pubblica amministrazione ha facoltà di procedere “*allo scorrimento*”, cioè a chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche apportate al progetto del promotore che quest'ultimo non ha accettato. Quindi, successivamente si procede alla stipula del contratto di concessione.²⁵⁴ A tal proposito, la sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha osservato che il *project financing* - così come concepito dal Codice - presenta profili sovrapponibili con quelli della concessione di opere pubbliche, “*le uniche differenze che rimangono, attengono all'oggetto dell'offerta - che nella concessione comprende il progetto definitivo e nel project financing il preliminare - e alla possibilità per il « promotore » di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma. Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della p.a. Considerato infine che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo*”.²⁵⁵

²⁵⁴

Cfr. art. 153 e ss, del Codice dei contratti pubblici.

²⁵⁵

Sul punto si veda Cons. St, 14 luglio 2008, parere n. 2357, sullo schema di d.lgs. recante *Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*, si veda anche Cons. St., VIII Commissione Senato, 29 luglio 2008.

Si prevede, inoltre, una procedura alternativa attraverso la quale la scelta del concessionario si svolge in due fasi: nella prima viene individuato il promotore (che presenta la migliore offerta), mentre nella seconda viene individuata la migliore offerta sul progetto preliminare.²⁵⁶

A questo punto è riconosciuto il diritto di prelazione in favore del promotore, che può divenire concessionario adeguando la sua offerta a quella - eventualmente più vantaggiosa per la PA - maturata nella seconda selezione.

Entrambe le procedure dispongono l'obbligo di effettuare una gara per l'individuazione del promotore con riferimento ad uno studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione e la successiva approvazione del progetto preliminare.²⁵⁷ Tali peculiarità, comuni a entrambe, riducono così l'ambito di iniziativa del promotore.²⁵⁸

Peraltro, la normativa italiana in materia di costruzione e gestione si limita a disciplinare solo alcuni profili essenziali, lasciando ampia discrezionalità alla PA (così come ai contraenti

²⁵⁶ Le due fasi non possono essere però considerate come autonome e distinte, costituendo comunque momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari, cfr. Cons. St., sez. V, 17 novembre 2007, n. 6727.

²⁵⁷ Alternative previste rispettivamente dai commi 1-14 e dal comma 15 dell'art. 153. Nella procedura alternativa si avverte il tentativo di trovare un equilibrio fra due esigenze non facilmente conciliabili: quella di recepire le osservazioni della Commissione (di eliminare posizioni di vantaggio del promotore), con quella di prevedere forme di incentivo per il promotore.

²⁵⁸ C. GIORGIANTONIO, V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e « project financing » in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, Roma, 2009, 142; S. GATTI, *Il project finance*, in S. GATTI E S. CASELLI (a cura di), *La finanza strutturata in Italia. Operazioni e best practice*, Roma, 2005, 68; F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. MORBIDELLI (a cura di) *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 20; B.C. ESTY, *The economic motivations for using project finance*, mimeo, Harvard Business School, 14 febbraio, 2003.

privati), da un lato consentendo di utilizzare strumenti il più possibile adeguati ai propri obiettivi e di trovare soluzioni innovative e, dall'altro lato, lasciando spazio a costruzioni spurie del PF che possono determinare una inadeguata allocazione dei rischi, una riduzione della concorrenza senza vantaggi effettivi di efficienza e costi complessivi maggiori per la collettività.

Un incentivo alla costruzione di ipotesi di *project finance* spurio può essere rappresentato, ad esempio, dalla sempre più frequente previsione di garanzie residuali in capo alla PA, che tendono a spostare l'attenzione valutativa del finanziatore dalla capacità reddituale del progetto alla solvibilità della pubblica amministrazione.²⁵⁹

Da quanto sinora esposto, il dato che emerge all'attenzione è come il legislatore si sia quindi limitato a dettare regole orientate a raccordare la disciplina prettamente pubblicistica della concessione a quella tipicamente privatistica del *project finance*, con scarsa attenzione alle specifiche tematiche applicative che potenzialmente possono verificarsi e sono di ostacolo ad un suo più largo utilizzo.

Fra i problemi che si sono presentati nell'utilizzo pratico di tale modalità di finanziamento si annovera anzitutto l'incompletezza dei contratti stipulati fra i diversi operatori privati partecipanti, i quali spesso non allocano opportunamente rischi e ricavi fra le diverse parti, con un impatto negativo sul contenzioso fra le imprese stesse che si ripercuote talvolta anche sui rapporti con le stazioni appaltanti. Inoltre, gli enti locali hanno sottolineato una scarsa professionalità delle imprese nella gestione dei servizi

²⁵⁹ Si veda per es. la Legge Finanziaria per il 2008 che autorizza la Cassa Depositi e Prestiti a costituire per le opere pubbliche un fondo di garanzia finalizzato al sostegno finanziario dei lavori di privati titolari di concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche.

e una limitata conoscenza delle procedure previste dalla normativa, come quella riguardante ad esempio la sicurezza e la gestione eventi straordinari, particolarmente importante nell'esercizio dei servizi pubblici locali, nonché un'elevata avversione al rischio. Quest'ultima caratteristica ha, poi, spesso scoraggiato le imprese a partecipare a gare in cui i flussi di domanda del servizio sono più incerti e più direttamente legati alla qualità della gestione.

In tal caso, il ricorso al *project finance* risulterebbe difficoltoso e darebbe limitati risultati in termini di efficienza a causa della scarsa presenza sul mercato di operatori specializzati, che non stimola la concorrenza e rende difficile una corretta allocazione del rischio. Di conseguenza, gli enti locali, spesso, per assicurarsi la partecipazione del capitale privato sono costretti ad assumersi il rischio di domanda.

Questi aspetti tendono, però, a ridurre l'attenzione dell'ente locale sul primario aspetto di efficienza del progetto specifico, che dovrebbero essere il nucleo portante del *project finance*.²⁶⁰

Infine, la concreta utilizzazione dello strumento ha rivelato come lo stesso sia stato impiegato principalmente allo scopo di evitare un immediato e diretto impegno finanziario da parte delle pubbliche amministrazioni, circostanza che appare di difficile controllo in assenza di trasparenti informazioni sulle condizioni contrattuali definite con il *project finance*.²⁶¹

²⁶⁰ Bentivogli, Panicara e Tidu, *Il project finance nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, Banca d'Italia, sett. 2008, pag. 29.

²⁶¹ MERUSI F. (2004), *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Quaderni CESIFIN, n. 18, Torino; AMOROSINO S. (2004), *I nodi critici della finanza di progetto in Italia*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Quaderni CESIFIN, n. 18, Torino.

CAPITOLO TERZO

Il Partenariato Pubblico Privato come modello di finanziamento di infrastrutture: il caso delle reti di comunicazione a banda larga

Sommario: **3.1. Introduzione.** **3.2. New Generation Network e effetti pro-competitivi delle infrastrutture a banda larga.** *3.2.1. NGN e accesso alla rete locale;* **3.3. Lo sviluppo della banda larga in Italia: lo scenario di riferimento.** *3.3.1 Le prime iniziative: la società Infratel S.p.A. e il progetto per il Sud; 3.3.2. Il Rapporto Caio e il Piano Romani: la sfida al dividendo digitale; 3.3.3. La transizione verso le reti NGN: pianificazione, contesto legislativo e prime iniziative regolamentari; 3.3.4. Il quadro regolamentare comunitario delle NGN.* **3.4. L'utilizzo dei modelli di PPP per la realizzazione di infrastrutture a banda larga.** *3.4.1 I primi interventi pubblici per la promozione delle reti a banda larga; 3.4.2. Le politiche di sostegno all'offerta di infrastruttura mediante l'utilizzo di forme di partenariato pubblico-privato. 3.4.3. Il progetto di costituzione di una società mista pubblico-privata per la costruzione di reti NGN in Italia. 3.4.4 Un caso concreto di innovazione e trasformazione nella Provincia autonoma di Trento.* **3.5. Il finanziamento pubblico delle reti informatiche a banda larga e la disciplina degli aiuti di Stato.**

3.1. Introduzione

Negli ultimi anni, la letteratura giuridica e economica ha mostrato particolare attenzione nei riguardi delle PPP, quale strumento privilegiato al fine di rimediare tanto ai fallimenti del mercato, quanto a quelli delle pubbliche amministrazioni nel finanziamento e nella gestione dei pubblici servizi²⁶². Nella

²⁶² Cfr. Bennett, Iossa, "Delegation of Contracting in the Private Provision of Public Services", in *Review of Industrial Organization*, 2006,

specie, si è osservato come, rispetto alle tradizionali forme di approvvigionamento di beni e servizi da parte dello Stato, le PPP sembrano consentire un utilizzo combinato di risorse e infrastrutture maggiormente efficiente, improntato secondo criteri di economicità, pur consentendo di definire gli obiettivi di qualità da perseguire²⁶³.

Al riguardo, dopo l'analisi svolta nei precedenti capitoli in merito alla disciplina generale applicabile alle PPP, con particolare attenzione al loro impiego da parte degli enti locali, l'indagine del presente lavoro si rivolge dunque verso una riflessione sui concreti aspetti applicativi delle PPP. Questa, infatti, non può svolgersi se non alla luce dello specifico settore economico in cui gli enti pubblici intendono intervenire.

In estrema sintesi, in precedenza abbiamo potuto osservare come le PPP si caratterizzino – rispetto alle tipiche procedure di appalto di beni e servizi pubblici – per alcuni tratti significativi, che includono, in particolare: un rapporto contrattuale di lunga durata, il trasferimento del rischio sulla controparte contrattuale e la pluralità e l'articolazione dei compiti attribuiti al soggetto privato (si pensi alla progettazione, costruzione, gestione e finanziamento dell'opera).

Tali forme di collaborazione con il settore privato per la costruzione e/o la gestione di opere di interesse pubblico

pag. 75-92; Cambini, Jiang, “*Broadband Investment and Regulation*”, Mimeo, 2009; Besley, Ghatak, “*Government versus Private Ownership of Public Goods*”, in *The Quarterly Journal of Economics*, 2001, 116(4), pag. 1343-1372; Daniels, Trebilock, “*An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure*”, 2002, Cambridge, MIT Press.

²⁶³ Vedi, al riguardo, Nucciarelli, Sadowski, Achard, “*Emerging models of public-private interplay for European broadband access: Evidence from the Netherlands and Italy*”, Working Paper 03/2010, Eindhoven University of Technology, The Netherlands, 2010 e Hart, “*Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*”, in *The Economic Journal*, 2003, pag. 69-76.

rappresentano, oggi, un'importante modalità di finanziamento, alternativa al tradizionale approccio di intervento pubblico, soprattutto in riferimento a quei settori che presentano consistenti prospettive di remunerazione del capitale privato, tra cui il settore energetico, dei trasporti e delle telecomunicazioni, dell'edilizia e delle infrastrutture locali.

Nella direzione di rafforzare ulteriormente lo sviluppo e la diffusione delle PPP hanno poi influito alcuni fenomeni che hanno caratterizzato la nostra economia negli ultimi decenni, come l'impulso progressivo verso la privatizzazione insieme ad una tendenza verso la riduzione delle politiche di spesa pubblica, imposta da vincoli di bilancio nazionali o internazionali, pur a fronte di un'immutata domanda di infrastrutture.

Tra i vantaggi che le forme di cooperazione con il settore privato presentano, la più rilevante è forse quella derivante dall'attesa minimizzazione dei costi, superiore a quella collegata ad un investimento diretto pubblico. Infatti, il *partner* privato è particolarmente incentivato alla riduzione dei tempi necessari per la realizzazione dell'opera, in modo tale da aumentare i profitti attesi, ridurre il costo del finanziamento e i rischi collegati all'investimento. Anche l'innovazione può invero rappresentare un'importante leva per la riduzione dei costi legati al progetto²⁶⁴.

²⁶⁴ Sul punto si sono sviluppati modelli teorici di analisi degli incentivi che le PPP, da un lato, e gli investimenti diretti, dall'altro, presentano verso l'innovazione, il miglioramento della qualità della produzione e la riduzione dei relativi costi. Si è così rilevato che se l'investimento pubblico diretto presenta pochi incentivi in tal senso in considerazione della indipendenza della remunerazione dai fattori indicati), d'altro lato un *partner* privato si trova a dividere il *surplus* creato con il settore pubblico in sede contrattuale. In tale circostanza, rilevanti possono essere gli incentivi a ridurre i costi e ad innovare (Cfr. Hart, Shleifer, Vishny, *The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons*, in *Quarterly Journal of Economics* 1997, pag. 1127-61; sul punto anche Etro, *Public-Private partnership*, working paper n. 120, Dipartimento di Economia, Università di Milano-Bicocca, 2007; Ambrosiano M.F., Bordignon M., Etro F., *Investimenti in infrastrutture. Patto di stabilità e Partnership pubblico-privata*, UCSC, Milano, 2004.)

In definitiva, aprire l'investimento pubblico ad una partecipazione del capitale privato può incentivare l'investimento in innovazione e crescita e condurre ad una migliore allocazione delle risorse.

Peraltro, come *supra* visto, la scelta del privato viene solitamente effettuata sulla base di gare o aste intese a selezionare i candidati maggiormente efficienti, definendo finanche alcuni gli obiettivi di programma da raggiungere.

In Italia, l'impiego dei modelli di PPP ha riguardato diversi settori dell'economia nazionale, (si pensi alle grandi opere infrastrutturali), ma anche iniziative in ambito più propriamente locale, legate all'edilizia sociale e pubblica, ai trasporti e viabilità, alle risorse idriche e dell'ambiente²⁶⁵.

Al riguardo, tra i tentativi più ambiziosi e complessi di PPP, si può menzionare il progetto relativo al ponte sullo Stretto di Messina, la cui finalizzazione ha impiegato circa quarant'anni e si è fondata su forme di collaborazione pubblico-privata²⁶⁶.

²⁶⁵ Una delle prime grandi opere italiane è individuabile nel "Progetto Malpensa 2000", il cui promotore è stata la SEA (Società Esercizi Aeroportuali), una S.p.a. che fino al 2022 ha la concessione per gestire ed amministrare gli aeroporti di Linate e Malpensa. Al fine, poi, di rilanciare gli investimenti in infrastrutture pubbliche, dal 2001, sono stati avviati diversi studi con l'intento di attuare vari ed importanti progetti attraverso l'attuazione di forme di PPP, come la realizzazione della tratta internazionale del collegamento ferroviario transalpino Torino-Lione, l'ammodernamento della tratta autostradale Salerno-Reggio Calabria e la realizzazione di oltre 60 interventi a valenza regionale e interregionale miranti a risolvere le emergenze idriche del Mezzogiorno (cfr., sul punto, Pizzi, *Malpensa 2000: un'idea, un progetto, una realtà*, Milano, 2000; Ambrosiano M.F., Bordignon M., Etrò F., *Investimenti in infrastrutture*, cit., pag. 35).

²⁶⁶ Nel 1981 fu costituita la Società Stretto di Messina S.p.A. (attualmente partecipata da Fintecna col 68,8%, ANAS col 13%, Rete Ferroviaria Italiana col 13% e il restante diviso tra le Regioni Calabria e Sicilia). Quindi, nel 1992 si elaborò un progetto definitivo, approvato nel 1997 dall'Assemblea Generale del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. La Società Stretto di Messina S.p.A., in qualità di Organismo di Diritto Pubblico, iniziò la predisposizione di gare ad evidenza pubblica con cui bandire le attività inerenti la costruzione e la gestione del ponte. Il progetto preliminare è

Attualmente, tra i progetti che assumono rilievo per l'utilizzo dei modelli di PPP, figura la realizzazione di reti di telecomunicazione di nuova generazione per la fornitura di servizi di accesso internet alla popolazione europea.

Si tratta di progetti centrali per la crescita delle economie europee, in cui l'innovazione tecnologica necessariamente richiede di essere supportata da un'infrastruttura in grado di veicolare un servizio di telecomunicazione omogeneo e qualitativamente elevato, su tutto il territorio nazionale.

Infatti, una crescente attenzione è oggi volta a identificare nelle infrastrutture a banda larga un bene pubblico, in relazione al quale, si pone una questione di insufficienza dell'investimento privato²⁶⁷.

In Italia, secondo quanto riportato in sede europea, la penetrazione della connessione a banda larga è inferiore alla

stato predisposto nel 2002 e approvato nel gennaio 2003 dal Consiglio di Amministrazione della Società, la quale ha approvato un aumento di capitale dell'importo di 2.500 milioni di Euro, pari al 40% del fabbisogno finanziario originato dal progetto, prevedendo che le ulteriori necessità finanziarie siano soddisfatte tramite una forma di *Project Financing*. Tale meccanismo permetterebbe di mantenere il supporto finanziario dello Stato per il progetto, rendendo, però, l'operazione a tutti gli effetti un'operazione finanziata dal mercato. Sul punto, per una descrizione del progetto, vedi Etro, *Public-Private partnership, cit.*, pag. 31.

²⁶⁷ Tra le motivazioni dell'intervento pubblico figura, inoltre, la natura di bene pubblico delle reti a banda larga. Come noto, in presenza di beni pubblici, si verifica il problema di *free-riding* nel consumo degli stessi, che conducendo ad un'offerta sub-ottimale dello stesso, comporta l'opportunità di una qualche forma di intervento pubblico, talvolta anche tramite la fornitura pubblica diretta (ciò che, ad esempio, si è storicamente verificato, nel caso delle telecomunicazioni, con la costruzione delle reti di telefonia fissa). Nel caso delle reti a banda larga di nuova generazione (su cui, *amplius*, al paragrafo successivo), il riconoscimento del carattere di bene pubblico potrebbe comportare l'inclusione fra gli obblighi di servizio universale. Invero, come sarà illustrato, i potenziali benefici della diffusione delle reti a banda larga, nonché i potenziali effetti negativi dell'esclusione di alcune fasce della popolazione dall'accesso a tale infrastruttura, assumono rilevanza nel senso di suggerire una loro qualifica come bene pubblico (cfr., sul punto, Picot, Wernick, *The Role of Government in Broadband Access*, in *Telecommunications Policy*, 2007, 31, pag. 660-674).

media europea, così come le famiglie che hanno concreto accesso ai servizi di connessione²⁶⁸. Allo stesso tempo, anche la domanda di servizi *internet-based* (come evidenzia la frequenza di utilizzo giornaliero e settimanale di internet, servizi di e-banking, TV e radio via internet) da parte della popolazione mostra una bassa propensione. Ciò rappresenta indubbiamente un fattore di resistenza verso forme di investimento privato, riducendo l'interesse economico verso lo sviluppo e l'installazione di nuove reti²⁶⁹.

Il presente capitolo si propone di fornire un quadro di esame delle prospettive di sviluppo e delle problematiche applicative che le PPP incontrano nell'ambito della realizzazione di reti a banda larga.

Nel seguito, si darà atto del dibattito - presente in Italia, oltre che in Europa - sulla necessità di orientare gli investimenti pubblici al fine di sostenere la progressiva diffusione e innovazione nella fornitura di servizi di connettività a banda larga a cittadini e imprese, quale fattore di impulso – se non vero e proprio fondamento – di una crescita economica basata sulla società dell'informazione. Quindi, in via preliminare si svolgerà

²⁶⁸ Si tratta del 19%, a fronte del 22.9% (media europea). Per quanto riguarda le famiglie, appena il 47% avrebbe accesso ad una connessione a banda larga (contro il 60% europeo). Vedi, European Commission, *Europe's Digital Competitiveness Report*, 2009, vol. 2, COM(2009) 390, disponibile alla [pagina
http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/docs/annual_report/2009/sec_2009_1104.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/docs/annual_report/2009/sec_2009_1104.pdf)

²⁶⁹ Recenti stime fornite da Telecom Italia mostrano che gli investimenti richiesti per portare il rimanente 65% della popolazione *on-line* si aggirerebbe intorno ai 6,5 miliardi di euro. Inoltre, il costo relativo all'introduzione della fibra ottica (che come si vedrà rappresenta l'architettura portante delle reti di nuova generazione, vedi *infra*, par. 3.2) per raggiungere almeno l'80% della popolazione sarebbe pari a 15 miliardi di euro (vedi AgCom, “*Indagine conoscitiva sull'assetto e le prospettive delle nuove reti del sistema delle comunicazioni elettroniche*”, settembre 2008, Roma, disponibile alla [pagina
http://www.comunicazioni.it/binary/min_comunicazioni/comunicati_stampa/Audizione_del_10_settembre.pdf](http://www.comunicazioni.it/binary/min_comunicazioni/comunicati_stampa/Audizione_del_10_settembre.pdf).)

un'introduzione al tema delle infrastrutture a banda larga e al relativo ruolo nell'ambito delle politiche economiche dei Paesi europei (par. 3.2), alla quale seguirà una riflessione in merito ai possibili spazi applicativi e alla configurazione dei modelli di PPP al relativo finanziamento. L'analisi, in particolare, sarà svolta ponendo in evidenza la forte integrazione tra le prospettive regolatorie del settore (par. 3.4) e le regole di concorrenza applicabili (par. 3.5), che contribuiscono a conformare e indirizzare il contenuto delle iniziative di PPP in questo settore.

3.2. *New Generation Network* e effetti pro-competitivi delle infrastrutture a banda larga

Il termine “banda”²⁷⁰ è impiegato nel gergo del settore delle telecomunicazioni per indicare il flusso passante di frequenze, che può essere utilizzato per la trasmissione di un segnale, ovvero per indicare la massima velocità alla quale è possibile trasferire delle informazioni nell'unità di tempo.

Il potenziale insito all'interno di un servizio a banda larga, tuttavia, dipende da una serie di caratteristiche fondamentali legate al trasferimento dei dati, quali la simmetria (cioè l'uguaglianza della velocità di trasmissione sia in ricezione che in invio) o la latenza (cioè il ritardo nella trasmissione). In ogni caso,

²⁷⁰ Si osservi che la Commissione interministeriale di studio istituita in data 14 settembre 2001 dai Ministeri delle comunicazioni e per l'innovazione tecnologica ha inteso per banda larga “*l'ambiente tecnologico che consente l'utilizzo delle tecnologie digitali ai massimi livelli d'interattività*”. Tale definizione è stata oggetto di discussione nell'ambito dei corrispondenti gruppi di lavoro istituiti dai governi degli altri paesi. In particolare, sono emerse posizioni differenziate tra gli USA che ha definito la banda larga esclusivamente come la capacità trasmissiva (numero di kbit/s) e chi, invece, come il Canada ne ha dato una definizione basata prevalentemente sulla tipologia di servizi erogabili. Per “ambiente tecnologico” deve intendersi il complesso di applicazioni informatiche ed i relativi contenuti, i servizi su rete e le infrastrutture.

però, quello che maggiormente si prende in considerazione è la velocità in download, misurata in Megabits (Mb) al secondo.

Il termine, dunque, definisce un insieme di tecnologie²⁷¹ che consentono di offrire all'utente collegamenti di velocità notevolmente superiore rispetto quelli concessi dalla normale rete telefonica, che per definizione fornisce servizi a “banda stretta”.

Nella sostanza, la banda larga mette a disposizione una connessione *always on*: l'utente, cioè è permanentemente connesso a Internet, senza la necessità di attivare ogni volta la connessione via modem²⁷².

Nel 2003, presso l'*International Telecommunication Union* (ITU)²⁷³, organismo deputato a regolare le telecomunicazioni

²⁷¹ L'Unione europea definisce la banda larga secondo una definizione non tecnica, ma prestazionale, e cioè come “*l'insieme di reti e servizi che consentono l'interattività a velocità confortevole per l'utente*”. Pur non esistendo una definizione formale, la banda larga fa riferimento all'insieme delle piattaforme composto da fibra ottica, xDSL, wireless – Wi-Fi, HiperLan, Wi-Max, ecc. -, satellite, fino all'UMTS ed al HSDPA, recentemente richiamati dall'AGCOM come tecnologie a banda larga. Cfr. “*Linee Guida per i Piani Territoriali per la Banda Larga*”, approvate dalla Commissione Permanente per l'Innovazione Tecnologica negli Enti Locali e nelle Regioni e dalla Conferenza Unificata il 20 settembre 2007. L'OCSE, invece, all'interno dei suoi studi e delle sue analisi, utilizza la definizione del CSTB Statunitense (Computer Science and Telecommunication Board), secondo cui “*Un accesso locale può essere definito a banda larga se la performance del collegamento non è un fattore limitante all'utilizzo delle applicazioni tecnologiche correnti da parte degli utenti finali*”.

²⁷² Da un punto di vista tecnico, il tradizionale accesso a larga banda, costituito essenzialmente da un collegamento in rame tra il Main Distribution Frame (MDF) e l'abitazione dell'utente (il c.d. “*ultimo miglio*”) potenziato dalle tecnologie di trasmissione digitale xDSL, viene progressivamente sostituito da diverse possibili architetture di rete che prevedono il rilegamento in fibra fino alla casa del cliente (FTTH, Fiber To The Home), fino all'edificio degli utenti (FTTB, Fiber To The Building), ovvero fino all'armadietto di strada (FTTC, Fiber To The Cabinet) e rame fino all'utente con trasmissioni in tecnologia Very High Speed DSL (VDSL). Fonte: Relazione Annuale dell'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCOM), 2008.

²⁷³ L'ITU-T (per *Telecommunication Standardization Sector della International Telecommunications Union*) è il principale organismo internazionale per la promozione di standard cooperativi per le apparecchiature di telecomunicazione e dei sistemi. L'ITU-T intende garantire l'efficiente e tempestiva produzione di norme che coprono tutti i settori delle

telefoniche e telegrafiche, è stato intrapreso un percorso di studio e discussione che si è posto come nuovo obiettivo la costituzione di una rete a banda larga di tipo integrato²⁷⁴.

Si è così diffusa l'espressione di *Next Generation Network* - conosciuta anche con l'acronimo "NGN" - che individua strutture e funzionalità di rete di tipo innovativo²⁷⁵. Si tratta di reti di telecomunicazioni di nuova generazione fondate su principi e sistemi informatici originali rispetto a quelli prevalentemente diffusi e ispirati alle potenzialità delle comunicazioni "in rete" che avvengono tramite Internet.

telecomunicazioni a livello mondiale. Gli standard internazionali prodotti dalla ITU-T e indicati come "raccomandazioni" assumono una valenza obbligatoria, qualora recepiti nell'ambito delle disposizioni legislative nazionali. Cfr. Cisco D., *Rete IP ed Internet: il quadro evolutivo*, Mondo Digitale, vol. n. 3/ 2008.

²⁷⁴ Nel luglio 2003, l'ITU-T organizzò a Ginevra una conferenza sul tema: "*Next Generation Networks: What, When and How?*". Uno dei principali punti di discussione riguardò proprio il termine stesso utilizzato per indicare una rete di nuova concezione, poiché "NGN" era utilizzato con significati diversi. In quella sede emerse tuttavia la necessità di definire uno standard globale e i membri dell'ITU intrapresero il relativo studio. Successivamente, si stabilì un apposito gruppo di studio, l'ITU-T Study Group 13 (SG13) con il relativo "NGN Joint Rapporteur Group" (NGN-JRG), con l'incarico di identificare gli aspetti chiave e di sviluppare gli standard fondamentali della nuova struttura NGN, includendo una definizione coerente con ITU-T. I primi risultati del gruppo di lavoro furono pubblicati nel giugno 2004 con le raccomandazioni Y.2001 ("*General overview of NGN*" - 12/2004) e Y.2011 ("*General principles and general reference model for Next Generation Networks*" - 10/2004), che rappresentano le basi dell'architettura NGN all'interno dell'ITU-T. Cfr., al riguardo, A.S. Cacciapuoti, M. Caleffi, G. Gelli, G. Massei, L. Paura, *Next Generation Network: standard ITU-T ed ETSI ed aspetti di interconnessione e convergenza dei servizi*, Dipartimento di Ingegneria Biomedica, Elettronica e delle Telecomunicazioni (DIBET) Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2009, pag. 8.

²⁷⁵ In accordo con l'ITU-T, una *Next Generation Network* è così definita: "*A Next Generation Network (NGN) is a packet-based network able to provide Telecommunication Services and able to make use of multiple broadband, QoS-enabled transport technologies and in which service-related functions are independent from underlying transport-related technologies. It enables unfettered access for users to networks and to competing service providers and/or services of their choice. It supports generalized mobility which will allow consistent and ubiquitous provision of services to users*".

Naturalmente, lo sviluppo delle reti di nuova generazione s'inserisce in un particolare contesto caratterizzato dalle innovazioni tecnologiche che hanno di recente interessato il settore delle telecomunicazioni, quali un più intenso confronto competitivo tra gli operatori, la crescita del traffico di tipo "digitale", l'utilizzo sempre più intenso di Internet, la domanda sostenuta di servizi multimediali, il bisogno generale di mobilità, la convergenza di reti e servizi, fissi e mobili.

Caratteristica particolare di questa rete, impiegata per trasferimenti sia in tempo reale che differito, è l'utilizzo universale del protocollo IP²⁷⁶, qualunque sia il tipo di informazione da trasmettere²⁷⁷. L'utilizzo di tale protocollo costituisce la premessa per cui la rete fissa, mobile e *broadcast* tenderanno ad un processo di integrazione progressivo, fino alla completa convergenza²⁷⁸.

²⁷⁶ Il protocollo TCP/IP è il protocollo di rete per eccellenza. Il TCP/IP detta le regole per instradamento dei pacchetti che contengono i dati lungo tutta la rete: permette cioè che le informazioni partano da un mittente e giungano al destinatario attraversando a volte anche decine di computer e migliaia di chilometri senza che l'utente se ne debba fare problema. I dati vengono suddivisi in gruppi elementari chiamati pacchetti che viaggiano autonomamente nella rete. In realtà bisognerebbe riferirsi ai "protocolli internet" in senso più generale essendo il TCP e l'IP due protocolli di questo insieme più ampio.

²⁷⁷ Nello specifico, nell'acronimo NGN tendono a concentrarsi diversi aspetti di carattere tecnologico e architetture ed in particolare: *a*) convergenza fisso-mobile e trasparenza della rete per qualunque tipo di servizio (voce, video, dati ecc.); *b*) impiego universale dell'architettura di trasporto con commutazione a "pacchetti" – e tecniche di QoS (*Quality of Service*) per la priorità delle informazioni in tempo reale – ed uso generalizzato del protocollo IP per tutti i tipi di informazioni trasmesse; *c*) indipendenza del livello di servizio dallo strato fisico della rete; *d*) intelligenza di rete opportunamente distribuita con particolare attenzione alla sicurezza; *e*) notevole valore aggiunto dei servizi offerti dalla stessa rete (con un'estensiva virtualizzazione in rete di risorse informatiche quali *backup*, sicurezza, identificazione, ecc.); *f*) adozione di bande sempre più larghe per la richiesta di servizi video (anche HDTV) e per altri servizi innovativi.

²⁷⁸ Le reti *broadcast* sono dotate di un unico "canale" di comunicazione che è condiviso da tutti gli elaboratori. Brevi messaggi (spesso chiamati *pacchetti*) inviati da un elaboratore sono ricevuti da tutti gli altri

Ciò permetterà, quindi, l'introduzione di nuovi servizi con caratteristiche di multimedialità, pervasività, mobilità e personalizzazione. Al fine di stimolare tale evoluzione, appare necessario incentivare l'utilizzo della banda larga e l'offerta di servizi che si avvalgano delle potenzialità proprie della stessa.

Dal punto di vista dell'utente finale, i servizi multimediali potranno essere personalizzati al fine di soddisfare le esigenze del singolo cliente e potranno essere accessibili tanto da postazione fissa che mobile.

Dal punto di vista delle imprese operanti nel settore, i sistemi di nuova generazione favoriscono gli operatori che potranno offrire su un'unica infrastruttura una pluralità di servizi distinti con predefiniti livelli di qualità. Inoltre, l'utilizzo delle nuove reti determina inevitabilmente una riduzione dei relativi costi di gestione, nonché degli sforzi in termini di investimenti finalizzati all'innovazione di prodotto e dei rischi legati all'incertezza della domanda.

La convergenza, poi, di molteplici servizi su un'unica piattaforma può incentivare la formulazione di offerte commerciali congiunte (*triple play*, comprensive di servizi di telefonia, Internet veloce e IP-TV, e *quadruple play*, che ai precedenti servizi aggiungono la telefonia mobile), per le quali si registra una crescente manifestazione di interesse da parte degli utenti²⁷⁹.

elaboratori. Un indirizzo all'interno del pacchetto specifica il destinatario. Quando un elaboratore riceve un pacchetto, esamina l'indirizzo di destinazione; se questo coincide col proprio indirizzo il pacchetto viene elaborato, altrimenti viene ignorato. Le reti *broadcast*, in genere, consentono anche di inviare un pacchetto a tutti gli altri elaboratori, usando un opportuno indirizzo (*broadcasting*). In tal caso tutti prendono in considerazione il pacchetto.

²⁷⁹ Oltre che negli Stati Uniti (paese ove il processo di convergenza con i contenuti è a uno stadio più avanzato), attualmente anche in Europa si riscontra la commercializzazione o la pianificazione di offerte di natura *triple play* e *quadruple play*, in modo particolare in Francia, ma anche in Germania,

Le offerte congiunte coinvolgono servizi appartenenti a mercati caratterizzati da diversi livelli di competizione e regolamentazione.

L'evolversi di questo nuovo fenomeno pone necessariamente significative pressioni sulle modalità di accesso alla rete, che si ritiene debbano essere supportate da un'adeguata capacità di banda. Infatti, attualmente, si adopera un'infrastruttura differente per ogni tipo di servizio offerto; al contrario con le NGN un'unica rete di trasporto è idonea a coinvolgere tutte le tipologie di servizio. Il servizio diventerà, così, indipendente dalla rete senza più differenze tra reti fisse e mobili e senza soluzione di continuità infrastrutturale.

L'introduzione della connettività a banda larga stimola questo scenario evolutivo e sostiene il progresso della società dell'informazione.

Infatti, con l'originaria diffusione della banda larga, tramite l'impiego della tecnologia ADSL (sulla quale vedi *infra*), si è verificata una progressiva trasformazione della società e dell'economia, non ancora compiuta, che si caratterizza per un largo impiego della tecnologia digitale. La società dell'informazione rappresenta il luogo di interazione tra soggetti pubblici e privati, nonché di scambio di conoscenze, dialogo, lavoro, partnership e perfezionamento dei rapporti commerciali, senza più limiti di tempo e di spazio.

Italia, Spagna e UK. In Italia, appare particolarmente attiva nella definizione di accordi con i fornitori di contenuti (ad esempio: con Sky Italia, per la trasmissione su Alice Home TV dei canali dell'offerta Premium di Sky; con Mediaset; con Sony Pictures e con 20th Century Fox, per la disponibilità su Alice Home TV dei migliori film prodotti dalle case cinematografiche americane), che in alcuni casi prevedono vincoli di esclusiva (con MTV Italia, per la trasmissione su Alice Home TV di alcuni dei più noti canali musicali internazionali prodotti da MTV). Cfr. Nicita, *Governance di sistema*, Progetto ISBUL, Working Paper 3.3, Roma 2009, pag. 147.

In tale circostanza, l'accesso veloce a internet è la precondizione perché possa manifestarsi il “*ruolo cruciale che la rete svolgerà nella ripresa economica, in quanto piattaforma di sostegno all'innovazione in tutti i settori economici, esattamente come avvenne a suo tempo con l'energia elettrica e i trasporti*”²⁸⁰.

Sul piano strettamente economico, il fenomeno di “digitalizzazione” favorisce l'ampliamento dei mercati nelle loro dimensioni e la velocizzazione dei loro meccanismi di funzionamento.

Dal punto di vista sociale, si è assistito ad un consolidamento dei servizi *on-line* interattivi, a favore di cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni con l'intento di accrescere la qualità dei servizi scambiati e dei rapporti avviati in termini di efficienza, efficacia e qualità contenutistica.

Per i singoli utenti la disponibilità di servizi a banda larga è un presupposto fondamentale per moltiplicare lo scambio e la circolazione delle informazioni, per favorire i processi di apprendimento e di relazione, per accrescere, dunque, la predisposizione di tecnologie, di servizi innovativi e il livello di informatizzazione personale.

Le infrastrutture per l'accesso a internet veloce, infatti, essendo uno strumento per offrire beni e servizi a vantaggio degli utenti finali, generano un circolo virtuoso di produzione e diffusione della conoscenza, elemento fondamentale per la crescita.

Per le imprese, consistenti vantaggi derivano dal miglioramento dell'interazione *tra le strutture aziendali* e tra le diverse persone. La diffusione della banda larga consente l'utilizzo da parte delle imprese di strumenti come intranet,

²⁸⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COME(2010)472, Bruxelles, 20.9.2010.

videocomunicazione, VoIP, tali da rendere più efficiente il lavoro a distanza e di semplificare la gestione dei servizi di comunicazione e dati, ormai sempre più integrati. Allo stesso tempo, si favorisce l'interazione *tra le imprese* e l'ambiente esterno, creando nuove opportunità di sviluppo ed ampliando il mercato territoriale di riferimento.

Si impongono altresì nuove forme di commercio, che riposano sull'impiego insostituibile della tecnologia digitale, superando necessariamente le tradizionali transazioni tra imprese. Ciò concreta un nuovo commercio di tipo elettronico, maggiormente efficiente e accessibile, in relazione al quale è stata utilizzata l'espressione *e-commerce*²⁸¹. La scelta di un modello di *business* basato sull'*e-commerce*, abbinata a nuovi processi di gestione del cliente, consente di soddisfare le esigenze di definizione di nuovi prodotti o servizi, che rappresenterebbero per le aziende un importante fattore di differenziazione e diversificazione della propria attività, intervenendo, quindi, direttamente sull'innovazione di prodotto.

Anche in relazione alla pubblica amministrazione, i cambiamenti prodotti dai fenomeni di digitalizzazione e di connettività a rete hanno modificato in modo irreversibile i processi interni e l'organizzazione della sua struttura.

Tanto a livello centrale, quanto periferico, la banda larga può consentire una migliore realizzazione nella gestione dei compiti propri della pubblica amministrazione, tramite l'utilizzo e la diffusione di nuovi sistemi informativi finalizzati a rendere più

²⁸¹ Secondo la definizione di *e-commerce* fornita dal Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, questo “*consiste nello svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività diverse quali: la commercializzazione di beni e servizi per via elettronica, la distribuzione on-line di contenuti digitali, l'effettuazione per via elettronica di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici per via elettronica ed altre procedure di tipo transattivo della pubblica Amministrazione*” (Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114).

efficiente e semplice il rapporto e l'interazione dei cittadini con le strutture pubbliche di riferimento.

Inoltre, attraverso l'uso di infrastrutture avanzate di comunicazione, sarà possibile innestare procedure telematiche garantite da sicurezza e tracciabilità idonee a valorizzare ancor di più l'opportunità di informatizzare e standardizzare le relazioni tra le amministrazioni.

Tali prospettive implicano inevitabilmente un cambiamento organizzativo, *interno all'ente pubblico e tra gli enti*, al fine di definire nuove procedure tali da accompagnare e sostenere forme più efficaci di azione amministrativa, specialmente nell'erogazione dei servizi al territorio basate su infrastrutture a banda larga. In questa prospettiva, l'accesso a Internet a alta velocità alimenterebbe anche un processo di ideazione e sviluppo di nuovi servizi rivolti ad imprese e cittadini.

A sostegno di una simile prospettiva di sviluppo economico e di trasformazione sociale e giuridica, un'attenta politica economica deve indirizzare l'impiego delle risorse nazionali verso la creazione di lavoro e conoscenze, tali da sostenere gli avanzamenti in termini di efficacia ed efficienza della società stessa.

Infatti, l'attrattività di un territorio si misura oggi in base alla presenza di lavoratori ad alta formazione e professionalità, nonché nel modo in cui questo territorio è digitalmente connesso con il resto del mondo. Parametri questi che caratterizzeranno le scelte di investimento delle nuove imprese in fase di creazione o sviluppo.

Infine, un ulteriore aspetto che merita di essere rilevato è rappresentato dall'impatto, non trascurabile, che la diffusione della banda larga può produrre sull'occupazione.

Al riguardo, e con particolare riferimento al settore delle comunicazioni, l'AgCom ha sottolineato come lo stesso “è abbastanza maturo e, in una fase di recessione, i livelli occupazionali non possono che scendere. Lo sviluppo della banda larga può, dunque, contribuire a creare nuovi posti di lavoro”²⁸².

Infatti, a fronte delle notevoli difficoltà che i maggiori sistemi economici stanno affrontando, quali la crisi industriale e produttiva, le limitazioni di bilancio, l'incertezza nelle fluttuazioni economiche, le nuove tecnologie forniscono una concreta possibilità di trasformare le situazioni di ritardo in opportunità di crescita e sviluppo economico.

Lo scenario appena descritto e le considerazioni appena svolte mostrano l'evidente importanza di disporre di un'infrastruttura a banda larga, al fine di permettere al sistema economico di raggiungere i massimi risultati in termini di sviluppo e di competitività²⁸³ e sono inoltre alla base della qualificazione della fornitura di reti e servizi di accesso a Internet a banda larga come un servizio di interesse economico generale.

In particolare, la Commissione europea ha mostrato di ritenere che lo sviluppo di infrastrutture a banda larga è idonea a contribuire allo sviluppo economico di regioni a basso tasso di crescita. In tali circostanze, a fronte dell'assenza di un'offerta di tali servizi da parte del mercato, si ammette la possibilità per lo

²⁸² Da “Il Sole 24 Ore” del 10.3.2010, *Banda larga al via in giugno*. Secondo le stime della Uir, solo per la realizzazione della nuova rete è previsto l'utilizzo di oltre 1000 lavoratori per cinque anni.

²⁸³ Al riguardo, come anche segnalato dall'Agcom, sarà importante supportare adeguatamente gli investimenti finalizzati alla creazione delle nuove reti onde evitare che si proceda in maniera eterogenea, privilegiando la rete mobile su quella fissa e senza contemperare le esigenze di carattere nazionale, anzi producendo un aumento del cd. *digital divide* (cfr. l'Audizione del Presidente Corrado Calabrò al Parlamento, in data 6.10.2010, pag. 10)

Stato di intervenire nella realizzazione dell'infrastruttura, mediante l'erogazione di misure di sussidio agli investimenti²⁸⁴.

Tale impostazione si fonda sulla riconosciuta libertà per gli Stati membri dell'Unione europea di definire gli obblighi del servizio universale, anche ulteriori al contenuto minimo stabilito nella direttiva CE n. 22/2002, pur nel rispetto dei principi stabiliti dal diritto comunitario²⁸⁵. Nella specie, ai fini della qualificazione della rete a banda larga quale servizio di interesse economico generale, rileva la circostanza per cui “*l'infrastruttura a banda larga universale sia aperta a tutti gli altri fornitori, ponga rimedio a un fallimento del mercato e garantisca la connessione a tutti gli utenti della regione interessata*”²⁸⁶.

3.2.1 NGN e accesso alla rete locale.

Le considerazioni appena svolte permettono di comprendere come l'evoluzione verso la rete NGN sia un processo che inevitabilmente interessa tutte le fasi del trasporto delle informazioni, quali la rete a grande distanza (*backbone*), le

²⁸⁴ Si veda, in tema, la decisione della Commissione europea n. 381/2004 del 16.11.2004 (*France-Projet de resau de Telecommunication haut debit des Pyrenees*) e n. 382/2004 del 3.5.2005, (*France-Mise en place d'une infrastructure haut-debit sur le territoire de la région Limousin*).

²⁸⁵ Nella specie, il margine di discrezionalità delle autorità pubbliche nel definire la missione di servizio pubblico è limitata dalla necessità che i servizi in questione rivestano un interesse economico generale e che si differenzino da quello normalmente connesso alle altre attività economiche (cfr. decisione n. 381/2004, cit., par. 46 e le sentenze della Corte di Giustizia del 10.11.1991, *Merci Convenzionali*, causa C-179/90, Racc. 1991, pag. 5889, par. 27 e del 11.4.1989, *Ahmed Saeed*, causa 66/86, Racc. 1989, pag. 803, par. 55).

²⁸⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, in GUUE C235/7 del 30.9.2009, par. 22.

reti metropolitane, le reti di raccordo (*backhaul*) tra accesso e *backbone* ed, infine, l'area di accesso alla rete locale.

Tra queste, l'accesso alla rete locale rappresenta, per la sua capillarità, la fase sicuramente più gravosa in relazione agli effetti dei futuri investimenti nelle NGN.

Infatti, tale porzione della rete, che oggi s'identifica con l'acronimo "NGAN" (*Next Generation Access Network*), dovrebbe contemplare un uso estensivo di fibre ottiche fino al domicilio dell'utente (cd. *Fiber-To-The-Home*, "FTTH"), con la conseguente pressione verso l'impiego, alternativo o sostitutivo, di nuove tecnologie anche nella terminazione finale della rete di comunicazione. Al riguardo, la mancanza di "condotti" preesistenti impone l'introduzione di adeguate opere per la realizzazione di una rete in fibra ottica di nuova generazione, che richiedono attualmente un costo di investimento piuttosto elevato²⁸⁷.

Proprio al fine di indirizzare gli investimenti nella rete di accesso, è apparso necessario che la realizzazione di una simile infrastruttura sia accompagnata dalla definizione del regime giuridico per l'accesso e delle tecniche di realizzazione e condivisione delle infrastrutture esistenti e di nuova realizzazione, anche tramite l'esercizio degli opportuni poteri regolamentari attribuiti alle Autorità nazionali di regolazione.

Al riguardo, tra gli incentivi all'investimento nella costruzione di infrastrutture NGN, è stata prevista la possibilità di stipulare "accordi di coinvestimento" da parte di più soggetti per

²⁸⁷ Infatti, una quota di costo che va dal 50 all'80% dei costi totali per cliente è rappresentata dalle opere civili per la costruzione dei condotti o per lo scavo di trincee nel caso di interrimento diretto dei cavi. Attualmente, infatti, una piccolissima percentuale di accessi in fibra realizzata da Fastweb all'inizio della sua attività è stata sospesa proprio a causa degli alti investimenti necessari. Cfr. Nicita, *op. ult. cit.*, pag. 105.

l'installazione di una rete FTTH qualora ciò si riveli necessario per “condurre a una situazione di concorrenza effettiva nelle zone interessate”. A tal fine, si dovranno tenere in particolare considerazione “il numero di operatori coinvolti, la struttura della rete a controllo congiunto e altri accordi fra i coinvestitori intesi ad assicurare una concorrenza effettiva sul mercato a valle”²⁸⁸.

La costruzione in comune di nuove infrastrutture passive comporta, oltre al vantaggio dell'abbattimento dei costi, anche vantaggi competitivi e benefici per gli utenti finali, aumentando le possibilità di ingresso nel mercato per gli operatori alternativi concorrenti (cd. “OLO”), i quali, a differenza dell'operatore che detiene un significativo potere di mercato, si trovano in una situazione competitiva di svantaggio²⁸⁹.

Allo stato, accordi di investimento sono in una fase preliminare e la rete d'accesso in rame costituisce, in Italia come anche in molti altri Paesi, la soluzione tecnica più utilizzata per fornire l'accesso ai servizi di telefonia e dati agli utenti residenziali²⁹⁰.

²⁸⁸ Raccomandazione della Commissione europea del 20.9.2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA), considerando 28. Più in particolare, le autorità di regolazione nazionali (“ANR”) hanno il compito di “*esaminare se ciascun coinvestitore gode di un accesso alle infrastrutture congiunte strettamente equivalente e orientato ai costi e se tra i coinvestitori è in atto una concorrenza effettiva nel mercato a valle. Esse dovrebbero inoltre accertare se i coinvestitori installano una capacità dei condotti sufficiente per l'utilizzo da parte di terzi e se assicurano un accesso orientato ai costi a tale capacità*” (ibidem, para 28).

²⁸⁹ Analoga valutazione di pro concorrenzialità degli accordi orizzontali tra concorrenti nel settore delle telecomunicazioni mobili, *sub specie* di condivisioni di siti e infrastrutture, si rinviene nella decisione della Commissione europea nel caso “T-Mobile” (cfr. sentenza della Corte Generale del 2 maggio 2006, causa T-328/03, *O2 (Germany) c Commission*).

²⁹⁰ Un accordo preliminare in tal senso è stato raggiunto nel novembre 2010. Come si vedrà *amplius* nel seguito, l'obiettivo degli operatori italiani coinvolti (Telecom, Fastweb, Vodafone, Tre, Wind, BT Italia e Tiscali) è di condividere, a determinate condizioni, i costi relativi all'installazione delle infrastrutture NGN; cfr. “NGN, gli operatori di uniscono. Una società per la nuova rete”, la Repubblica, 10.11.2010.

Per comprendere il concreto impatto della transizione alla rete in fibra ottica, rileva sottolineare che la caratteristica principale della terminazione in rame è, nella rete d'accesso, la diretta corrispondenza tra doppino di rame, caratterizzato da una coppia di fili di rame che raggiunge praticamente tutte le abitazioni, e l'utenza finale.

Con l'introduzione totale o parziale della fibra ottica in sostituzione del rame, invece, si consentirebbe nella maggior parte delle architetture proposte (o in porzioni di esse) di utilizzarla come sistema condiviso tra più utenti e di destinarla a servire distanze sensibilmente più alte²⁹¹.

Fino ad oggi, l'introduzione dei sistemi ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line*) ha consentito la progressiva trasformazione dalla rete d'accesso in rame in un'infrastruttura a banda larga, attraverso l'aggiunta alle due estremità dei modem ADSL capaci di aumentare la quantità e la velocità del flusso informatico²⁹².

Tale sistema ha rappresentato, pertanto, un'autentica innovazione della struttura della rete di accesso, costituendo un mezzo per incrementare le possibilità trasmissive del doppino di rame e, tuttora, svolge, per le sue potenzialità, un ruolo significativo.

²⁹¹ A giugno 2009, la rete in fibra ottica nel segmento di accesso di Telecom Italia si estendeva per circa 450.000 km sull'intero territorio italiano. Negli attuali sistemi informativi di Telecom Italia sulla rete di accesso, sono documentati circa 9.000 km di tracciati di canalizzazioni e oltre 37.000 km di tracciati di tubi interrati. Complessivamente, si hanno oltre 200.000 km di tubi in rete di accesso, utilizzabili per il passaggio dei cavi ottici previa verifica di disponibilità. Decina, *Infrastrutture di rete fissa NGAN*, Working Paper 1.1, Progetto ISBUL, Roma 2009, pag. 22.

²⁹² Il sistema ADSL è anche definito come la "*banda larga di prima generazione*". A differenza della rete NGN, l'ADSL si caratterizza per l'asimmetria della capacità di trasmissione, maggiori in download che in upload, con conseguente restrizione di un loro utilizzo nell'ambito di un'offerta di servizi convergenti del tipo *triple* o *quadruple play*.

Tra i vantaggi prodotti dal sistema ADSL, uno dei principali è rappresentato dalla semplicità d'installazione, che non richiede l'esecuzione di lavori all'esterno, insieme al basso costo di investimento, favorendo ed incrementando, così, la domanda dei nuovi utenti.

Tuttavia, l'ADSL non può considerarsi una soluzione definitiva: le limitazioni di capacità trasmissiva che comunque persistono sono difficilmente compatibili con l'intenzione di procedere a una digitalizzazione della comunicazione informatica, che coinvolga tanto il settore pubblico che privato, fondato sull'utilizzo di applicazioni di rete e dispositivi *web-based* (si pensi, ad esempio, al *web-hosting*, al *data back-up* e al cd. *cloud computing*).

Al riguardo, basti osservare come le prestazioni dei sistemi ADSL sono strettamente dipendenti dalla lunghezza della tratta di raccordo con l'utente, dalla qualità del doppino e dalle caratteristiche delle centrali terminali esistenti in Italia. Ancora, tale sistema è più sensibile alle interferenze di sorgenti elettromagnetiche ed, in prospettiva, ai disturbi all'interno dello stesso cavo in caso di un maggior utilizzo dei sistemi ADSL.

La rete NGAN appare idonea a superare le limitazioni descritte, consentendo un flusso di banda costante, in entrambe le direzioni, nonché di collegare la fibra ottica direttamente presso l'utente, consentendo l'introduzione di nuovi servizi di comunicazione (ad esempio, la TV ad alta definizione e *peer-to-peer* di video semi-professionali²⁹³).

²⁹³ Il *peer-to-peer* è la condivisione di risorse e di servizi tra computer. Queste risorse e questi servizi fanno riferimento a scambio di informazioni, cicli di calcolo, spazio su disco per i file. Utilizzi più innovativi prevedono l'utilizzo delle reti *peer-to-peer* per la diffusione di elevati flussi di dati generati in tempo reale come per esempio programmi televisivi o film. Questi programmi si basano sull'utilizzo delle bande di trasmissione di cui dispongono i singoli utenti e la banda viene utilizzata per trasmettere agli altri

Tuttavia, le più recenti rilevazioni dello stadio di sviluppo europeo delle *Next Generation Access Networks* prevedono un investimento di circa 300 miliardi di euro su un arco temporale di almeno 15 anni²⁹⁴.

In particolare, il processo di transizione verso reti di accesso NGN si svilupperà, in primo luogo, mediante l'introduzione di una rete di trasporto a lunga distanza (*Core Network*), e, successivamente, di una rete di accesso a livello locale (*Access Networks*).

Naturalmente, come già accennato, gli aspetti più critici per lo sviluppo della rete di accesso sono quelli relativi alla realizzazione delle infrastrutture per la posa dei cavi che, essendo diffuse capillarmente su tutto il territorio nazionale, richiedono investimenti elevati e tempi di realizzazione lunghi.

In questo contesto sorge, quindi, la necessità di effettuare investimenti mirati, nonché ragionati, che sappiano sfruttare le capacità realizzative e le risorse degli operatori pubblici e privati. Al contempo, tuttavia, è necessario che gli interventi dello Stato a sostegno delle NGN non producano effetti negativi sul livello degli investimenti privati, scoraggiandoli e portando ad un'allocazione non efficiente delle risorse.

Ci si riferisce alla possibilità che l'intervento pubblico, lungi dal costituire un fattore di stimolo alla realizzazione di reti di nuova generazione, possa tradursi in un ostacolo al loro

fruttori il flusso dati. Questa tipologia di programmi in linea di principio non richiede server dotati di elevate prestazioni, dato che il server fornisce i flussi video a un numero molto limitato di utenti, che a loro volta li ridistribuiscono ad altri utenti.

²⁹⁴ Si veda l'analisi condotta dalla società *Mc Kinsey*, richiamata dalla Commissione europea nel MEMO/08/572, "*Broadband: Commission consults on regulatory strategy to promote high-speed Next Generation Access networks in Europe*".

sviluppo, nella misura in cui l'intervento statale eserciti un effetto distorsivo sugli incentivi privati a investire nella rete NGAN.

E' possibile, infatti, che esista un significativo effetto di spiazzamento (*crowding out*) dell'investimento privato per effetto del finanziamento pubblico delle reti, che vanifichi l'auspicato effetto catalizzatore del ruolo del soggetto pubblico. La consapevolezza dell'esistenza di tali rischi implica la necessità di un'analisi approfondita delle possibili modalità di collaborazione pubblico-privato, di cui si parlerà *amplius* nel seguito.

Preliminarmente, è opportuno tuttavia soffermarsi sullo stato attuale di sviluppo delle infrastrutture a banda larga in Italia, nonché sul quadro normativo e regolatorio nazionale, che si pone come cornice delle iniziative di realizzazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo delle reti NGN.

3.3. Lo sviluppo della banda larga in Italia: lo scenario di riferimento

3.3.1 Le prime iniziative: la società Infratel S.p.A. e il progetto per il Sud

Come sopra osservato, la diffusione della banda larga rappresenta un elemento necessario affinché i cittadini, le imprese e le pubbliche amministrazioni partecipino compiutamente dei benefici derivanti dall'informatizzazione della società, contribuiscano allo sviluppo dell'economia della conoscenza e godano degli effetti derivanti dalla maggiore competitività del mercato e attrattiva del territorio nazionale.

In tale contesto, il monitoraggio del mercato della banda larga (nelle sue diverse componenti: domanda, infrastrutture, competizione) e il confronto con i diversi *stakeholder* sono

strumenti fondamentali per cogliere i segnali deboli ed indirizzare le nuove opportunità di mercato.

Allo scopo, l'evoluzione tecnologica alla base dello sviluppo della banda larga e il costante consolidamento, seppur con tempi e modalità variabili, tra i Paesi europei, è oggetto di analisi da parte delle istituzioni europee e, in particolare, dalla Commissione.

Infatti, sono numerosi i documenti di politica comunitaria in materia di banda larga approvati dalla Commissione europea, nel suo ruolo di guida e impulso delle future iniziative dell'Unione europea. Questi assumono la forma di “*piani strategici*”²⁹⁵, nonché di documenti, rapporti e comunicazioni²⁹⁶.

²⁹⁵ Si veda, ad esempio, il piano d'azione “*eEurope*”, definito dalla Commissione Europea nel 2002, contiene un insieme di misure e azioni che gli Stati devono adottare al fine di trarre il massimo vantaggio dalle opportunità che le nuove tecnologie dell'informazione offrono. I macro-obiettivi del piano sono garantire un accesso più economico, più rapido e sicuro a Internet, investire nelle risorse umane e nella formazione e promuovere l'utilizzo di Internet. Il successivo piano d'azione, “*eEurope 2005*”, invece, ha posto come assioma primario l'importanza di un approccio globale che coinvolga tutti gli ambienti interessati alla Società dell'Informazione e la cui priorità è portare a tutti i cittadini e alle imprese i benefici di Internet, condizione per la crescita economica. Avendo definito, e in buona parte realizzato, le condizioni preliminari per lo sviluppo indicate nei piani precedenti, il nuovo piano si focalizza su alcuni obiettivi prioritari, tra cui la diffusa disponibilità e l'accesso a banda larga a Internet. La Commissione Europea, infine, con il nuovo quadro strategico “*i2010 – Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione*”, ha confermato le linee principali del piano di azione “*eEurope 2005*”. In tale piano sono stati, infatti, definiti gli orientamenti strategici di massima al fine di promuovere un'economia digitale aperta e competitiva, conferendo alle ICT un ruolo di primo piano nella promozione dell'inclusione e della qualità della vita.

²⁹⁶ Tra i più rilevanti documenti e comunicazioni in materia di diffusione della banda larga, si vedano, *ex multis*: Commissione europea *Connecting Europe at high speed-National broadband strategies*, COM(2004) 369 final, Bruxelles, 12.5.2004; Ministry of Economic Affairs, *Rethinking the European ICT Agenda – Ten ICT-breakthroughs for reaching Lisbon goals*, The Netherlands, 2004; Commissione europea, *Facing The challenge – The Lisbon strategy for growth and employment*, working group by Wim Kok, Bruxelles, 2004; Commissione europea, *Challenges for the European information Society beyond 2005* COM(2004) 757 final, Bruxelles, 19.9.2004; “*i2010 The next five years in Information Society*” – eEurope Advisory Group,

Coerentemente, le istituzioni italiane hanno dato seguito alle politiche europee in materia di diffusione della società dell'informazione e di superamento del *digital divide*, attraverso documenti di indirizzo, che si pongono come base per i piani di programmazione, successivamente elaborati sia a livello nazionale che, soprattutto, regionale.

Il Documento di programmazione economico-finanziaria (“DPEF”) relativo agli anni 2003–2006, infatti, ha sottolineato come l'innovazione tecnologica sia stato uno dei principali fattori della crescita che avveniva in Italia, sia a livello macroeconomico che a livello microeconomico.

Al riguardo, è emersa l'esigenza di dover superare i ritardi di sviluppo presenti in Italia attraverso il perseguimento di determinati obiettivi, quali il miglioramento dell'efficienza e dell'efficacia della Pubblica Amministrazione, centrale e locale, facendo leva in particolare sull'*e-government*, sulla promozione di politiche industriali e finanziarie per la diffusione dell'informazione tecnologica nel campo della comunicazione (ITC²⁹⁷), con particolare riguardo al Mezzogiorno d'Italia e l'adozione di un piano d'azione per la diffusione della banda larga.

Bruxelles, 2.2.2005; “*Cohesion Policy in support of growth and jobs – Community strategic guidelines, 2007- 2013*”, Bruxelles, 5.7.2005.

²⁹⁷ Secondo l'OCSE esistono tre diversi canali attraverso cui il settore dell'ICT può avere effetti sulla produttività e sulla crescita di un paese: un'accelerazione della produttività nel settore che si occupa della produzione delle tecnologie stesse, che può diventare più efficiente rispetto al resto dell'economia e tende, quindi, ad aumentare la produttività media del sistema “*effetto produzione*”; le imprese degli altri settori, che dotandosi di tecnologie digitali aumentano il loro stock di capitale per addetto e di conseguenza aumentano la produttività del lavoro “*effetto utilizzo*”; l'adozione delle nuove tecnologie, migliorando il modo in cui le aziende gestiscono e combinano tra di loro i fattori produttivi, ha degli effetti di ricaduta (o spillover), su quella che è la “*produttività totale dei fattori*”. Cfr. L.Pupillo, *Impatto della banda larga sulla crescita economica: evidenze della letteratura*, in *L'Industria*, n. 4, ottobre-dicembre 2009.

Successivamente, il DPEF relativo agli anni 2004-2007 ha sottolineato l'importanza del sostentamento, dello sviluppo e dell'ammodernamento delle dotazioni infrastrutturali nel settore delle comunicazioni, le quali sono considerate indispensabili per assicurare la competitività e l'innovazione del sistema produttivo nazionale e, in questo ambito, si affermava la necessità a promuovere la realizzazione delle infrastrutture per l'accesso alla banda larga.

Quindi, il DPEF per il 2005-2008, con specifico riferimento all'adozione di una politica industriale più incisiva per lo sviluppo del Sud, valorizzava la realizzazione di infrastrutture anche nel settore delle comunicazioni, definendo un programma d'intervento per lo sviluppo di settori innovativi, come la banda larga²⁹⁸.

In tale cornice, nel 2006 è stato istituito il "*Comitato per la diffusione della banda larga sul territorio nazionale*", di cui fanno parte i Ministri delle comunicazioni, degli affari regionali e delle autonomie locali, delle riforme ed innovazioni nella pubblica amministrazione. L'obiettivo strategico del Comitato è quello di consentire l'accesso a tutti i cittadini alla banda larga attraverso l'individuazione d'interventi prioritari per il raggiungimento dei livelli essenziali di abilitazione tecnologica sul territorio nazionale.

Il Comitato ha compiti di coordinamento, armonizzazione e monitoraggio delle iniziative già intraprese. Esiste, inoltre, un organo d'ausilio del Comitato, il "*Gruppo tecnico*" che per le

²⁹⁸ Con riferimento alle politiche per il mezzogiorno, il 12 marzo 2003, il Ministero delle comunicazioni, il Ministero dell'economia e finanze Dipartimento per le politiche di sviluppo e coesione, e il Ministero per l'innovazione e le tecnologie, con un apposito "memorandum d'intesa" si sono impegnati a promuovere la realizzazione del "*Programma per lo sviluppo della banda larga nel Mezzogiorno*", mediante l'individuazione di specifiche risorse rinvenibili nei fondi nazionali e regionali, destinati allo sviluppo delle aree sottoutilizzate. Cfr. Nicita, *op. cit.*, pag. 29.

attività di monitoraggio si avvale dell’*“Osservatorio per lo sviluppo della banda larga in Italia”*²⁹⁹, con il quale il Ministero può stipulare apposite convenzioni.

Parallelamente a tali iniziative di studio e promozione, l’azione governativa ha intrapreso anche politiche di gestione e realizzazione delle infrastrutture. È stata, infatti, costituita una nuova società, la società Infratel Italia S.p.A., volta alla realizzazione di un’infrastruttura comune di *backbone*, da affittare ai vari operatori commerciali³⁰⁰. Al fine di articolare ulteriormente tale iniziativa, si prevedeva inoltre la possibilità di stipulare *“accordi quadro”* con le regioni.

²⁹⁹ L’Osservatorio Banda Larga promosso da Between è una piattaforma informativa di riferimento ed un luogo di concertazione per i diversi attori impegnati nella realizzazione della Società dell’Informazione: lo Stato, gli Enti Locali e le aziende dell’ICT. I dati, le analisi e gli incontri dell’Osservatorio sono diventati strumenti di fondamentale importanza per la definizione delle strategie e politiche relative alla banda larga, fattore abilitante per l’affermazione dell’economia in rete e l’inclusione digitale dei cittadini. L’Osservatorio Banda Larga rimane unico nel suo genere per l’unitarietà di approccio nell’analisi delle diverse componenti del problema (dagli aspetti regolamentari a quelli tecnologici, fino a quelli di mercato e di prospezione dell’evoluzione delle esigenze della domanda (cittadini, imprese e istituzioni). Le attività di analisi e monitoraggio condotte nell’ambito dell’Osservatorio costituiscono una *best practice* a livello comunitario per completezza e livello di coinvolgimento dei diversi *stakeholder*. In sintesi, l’Osservatorio Banda Larga si propone di monitorare l’utilizzo dei servizi a banda larga e l’evoluzione delle esigenze funzionali delle famiglie, delle imprese e delle istituzioni, promuovere lo sviluppo e l’utilizzo dei servizi avanzati a banda larga attraverso la realizzazione di analisi settoriali sui potenziali benefici delle tecnologie innovative a banda larga, di descrivere la situazione e le prospettive di sviluppo dell’offerta di servizi a banda larga sul territorio, con particolare riguardo allo sviluppo della competizione, di favorire la circolazione e lo scambio di esperienze, attraverso l’accesso alle attività di ricerca e comunicazione promosse dall’Osservatorio Banda Larga, nonché il confronto con diversi attori pubblici e privati attivi nella realizzazione di progetti innovativi basati sulla banda larga. I dati sull’attività di Regioni ed enti locali in tema di banda larga possono essere desunti sul sito www.osservatoriobandalarga.it (sito dell’Osservatorio Between-Comitato Esecutivo Banda Larga operante dal 2002).

³⁰⁰ Per la precisione posseduta per il 99% da Sviluppo Italia S.p.A. e per il restante 1% da SVI Lazio S.p.a. Si veda Corte dei Conti, Interventi per infrastrutture a “banda larga” nelle aree depresse, Roma, 2007, pag. 13.

La società Infratel S.p.A. è stata istituita dal d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, come integrato dall'art. 1 del d. lgs. 14 gennaio 2000, n. 3, dal Ministero delle Comunicazioni e da Sviluppo Italia. Tale società è divenuta operativa quale soggetto attuatore del Programma Banda Larga solo a seguito delle disposizioni contenute all'art. 7 della Legge n. 80/2005, che ha previsto la destinazione di appositi fondi di finanziamento, sottoposti a controlli annuali, da parte del CIPE.

Il progetto iniziale prevedeva la posa di 1.800 chilometri di fibra ottica in 265 comuni tra varie regioni italiane ed è stato approvato dal CIPE con delibera n. 83 del 13 novembre 2003, recante il c.d. “*Programma Banda Larga nel Mezzogiorno*”, la cui destinazione dei fondi ha, poi, subito varie rimodulazioni da parte delle successive leggi finanziarie.

L'obiettivo del programma mira, da un lato, alla messa in opera di un'infrastruttura pubblica nelle aree urbane e nelle zone industriali da noleggiare agli operatori commerciali e, dall'altro, alla promozione del consumo dei servizi digitali da parte dell'utenza. A tal fine, all'allora separato Ministero per le Comunicazioni, è assegnato lo sviluppo e la gestione delle infrastrutture fondamentali (tramite Infratel S.p.A.), e al Ministero per l'innovazione e le tecnologie, lo sviluppo della domanda dei servizi applicativi multimediali (tramite Innovazione Italia, altra S.p.A. costituita *ad hoc* dal gruppo Sviluppo Italia S.p.A.).

Al fine di controllare lo sviluppo del progetto si è inoltre istituito un apposito comitato d'indirizzo, composto da cinque membri, di cui tre, tra i quali il presidente, designati dal Ministero delle comunicazioni, ed i rimanenti due indicati da Sviluppo Italia S.p.A.

Il Ministero delle comunicazioni ed Infratel Italia S.p.A., successivamente, con un accordo di programma di durata

ventennale, previsto dall'articolo 7 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, come convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 "*Diffusione delle tecnologie digitali*", hanno definito ulteriormente i rapporti, al fine di attuare la rete infrastrutturale pubblica in tutte le aree sottosviluppate del Paese.

L'accordo prevedeva integrazioni ed adeguamenti della precedente convenzione stipulata, affidando alla società Infratel Italia S.p.A. la gestione delle reti realizzate o integrate, nonché la manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse e la previsione dei necessari "*interventi di adeguamento tecnologico*".

L'attività di concertazione appena descritta ha trovato un ulteriore momento di impulso nell'adozione delle Linee guida per la pianificazione territoriale relative alla realizzazione delle reti in banda larga condivise tra Infratel S.p.A. e le Regioni, in data 20 settembre 2007. Successivamente, a livello regionale sono stati attuati gli interventi di Infratel S.p.A. per la realizzazione di reti di nuova generazione, in grado di sostenere il sempre maggiore traffico telematico richiesto dalle utenze commerciali e residenziali.

3.3.2 Il Rapporto Caio e il Piano Romani: la sfida al dividendo digitale

In anni recenti, le iniziative governative hanno concentrato il proprio perimetro di riferimento sulle aree marginali e maggiormente arretrate del paese, prevedendo iniziative per ridurre il divario digitale da queste sofferto.

In particolare, il Consiglio dei Ministri ha presentato nel giugno 2009, il cd. "rapporto Caio"³⁰¹, che analizza gli sviluppi

³⁰¹ Dal nome del consulente Francesco Caio incaricato di analizzare lo stadio di avanzamento della banda larga in Italia, nel confronto con gli altri

della banda larga in Italia evidenziando le principali problematiche del sistema italiano.

La rilevazione effettuata ha mostrato l'esistenza di una copertura lorda, superiore al 95%, che include la popolazione telefonica allacciata a centrali abilitate alla banda larga, e di una copertura netta, che riguarda le zone dove la copertura non è disponibile per problemi tecnici o dove il servizio è solo marginale (banda minima inferiore a 1Mb). Quest'ultima è pari al 12% e riguarda, in sostanza, circa 7.5 milioni di persone, che rimangono quindi prive di connessione ad Internet, ovvero ne sono dotati, ma con una velocità di connessione insufficiente, trovandosi nell'impossibilità di accedere ai più moderni servizi della società dell'informazione³⁰².

Successivamente, il vice-ministro allo Sviluppo Economico Paolo Romani ha presentato un articolato piano strutturale con l'obiettivo di azzerare lo sviluppo differenziato esistente tra la popolazione italiana (cd. *digital divide* o dividendo digitale) entro il 2012³⁰³.

paesi europei. Il rapporto del consulente è disponibile alla pagina web: <http://www.pubblicaamministrazione.net/governance/whitepaper/115/rapporto-caio.html>. Cfr., sul punto, Nicita, *op. cit.*, pag. 234.

³⁰² Il “14° Report europeo sulla penetrazione della Banda Larga”, datato gennaio 2009, posiziona l'Italia al 17° posto, con un tasso di penetrazione (19%) al di sotto della media Europea (22,9%).

³⁰³ Il termine *digital divide* indica il divario informativo esistente tra chi ha accesso al computer – e ad Internet – e chi non ce l'ha e, più in generale, tra chi ha accesso alle nuove tecnologie e chi non ha questa possibilità. In particolare, si parla di *digital divide infrastrutturale* per indicare il divario fra chi abita in zone dove sono disponibili infrastrutture e servizi avanzati e chi abita in aree remote, ove tali infrastrutture e servizi non sono disponibili. Tale problema è strettamente legato alla difficoltà degli operatori di telecomunicazioni (e in primo luogo dell'operatore dominante ex-monopolista) di garantire l'evoluzione dei collegamenti telefonici delle famiglie verso infrastrutture a banda larga, che siano disponibili in modo capillare sul territorio. Per comprendere la possibile evoluzione temporale del fenomeno e la reale complessità degli interventi necessari all'eliminazione del *digital divide* infrastrutturale, è fondamentale valutare lo stato delle infrastrutture di telecomunicazione che servono le zone attualmente non

La fase principale del Piano è volta a garantire a tutti gli utenti un accesso ai contenuti digitali multimediali in una velocità minima di 2 mb/s, prestazione che dovrebbe, così, divenire il contenuto minimo dell'obbligo di “*servizio universale*” per quanto riguarda la connettività a larga banda³⁰⁴.

Successivamente, con una fase a medio termine si dovrebbe portare al completo aggiornamento delle infrastrutture di trasmissione, per portare la fibra ottica fino al domicilio dell'utente, raggiungendo velocità superiori ai 50 mb/s.

Si ritiene, comunque, che la fase iniziale del piano richieda per la sua attuazione lo stanziamento di 800 milioni di euro per l'avvio delle operazioni di posa ed interlacciamento infrastrutturale³⁰⁵.

raggiunte dalla copertura ADSL. A fine 2009, il livello di copertura lorda (collegamenti attestati su centrali aperte al servizio ADSL) ha raggiunto il 96% della popolazione, in incremento di circa un punto percentuale rispetto all'anno precedente. In particolare, sono 6.500 i comuni italiani che risultano coperti dal servizio, mentre i cittadini di 1.600 comuni sono ancora sostanzialmente privi della possibilità di collegarsi a banda larga, ovvero solo una parte di essi possono accedere ai servizi *broadband* (Fonte: Between, Osservatorio Banda Larga, maggio 2010).

³⁰⁴ Il Piano è stato presentato in occasione dell'audizione parlamentare del 10.6.2009. In concreto, il Piano Romani ha previsto il collegamento a velocità garantita tra i 2 e i 20 mb/sec per tutti gli italiani; 1,471 milioni di euro, da articolare in 763 milioni di euro in opere civili e materiali; 617 milioni in hardware, software, installazioni, collaudi; 90 milioni di progettazioni; un totale di 33mila opere infrastrutturali, quantificabili in 5145 scavi per fibra ottica; 5994 impianti wireless; 9642 interventi di componentistica esterna; 12886 lavori impiantistici; comportanti lavoro per 4mila ingegneri, 11mila tecnici, 13mila operai specializzati, 15mila operai comuni e 6mila impiegati. Vedi, Nicita, *Governance di sistema*, cit. pag. 37.

³⁰⁵ Il governo in merito al Rapporto per la banda larga commissionato a Paolo Romani, aveva previsto lo stanziamento di 1,4 miliardi di euro (di cui appunto 800 milioni da reperire dai fondi Fas 2007-2013) per garantire a tutti la possibilità di connettersi a internet a una velocità tra i 2 e i 20 megabit entro la fine del 2012. A causa della crisi, però, gli stanziamenti per colmare il *digital divide* sono stati “congelati”, di conseguenza, il governo starebbe studiando un piano operativo per reperire le risorse attraverso la finanza di progetto. Attualmente, dunque, si attende una delibera di autorizzazione del CIPE, necessaria per stanziare la cifra occorrente e dare, così, il via al Piano. Al riguardo, Renzo Turatto, capo del dipartimento per la digitalizzazione e

3.3.3. La transizione verso le reti NGN: pianificazione, contesto legislativo e prime iniziative regolamentari

Alla base delle iniziative sopra descritte si pone la consapevolezza della necessità dell'intervento pubblico, a livello non solo centrale, ma anche e soprattutto locale, per avviare dei programmi e delle iniziative che mirino ad eliminare il *digital divide*, in considerazione della rilevata insufficienza dei meccanismi di mercato ad eliminare il *digital divide* infrastrutturale.

Specificamente, la diffusione dei servizi multimediali avanzati è vincolata dalla disponibilità di un'adeguata infrastruttura a banda larga che permetta di trasferire più velocemente i servizi ad alta interattività.

E' necessario, quindi, un intervento pubblico e privato a livello nazionale e locale che stimoli lo sviluppo dei servizi digitali e della relativa infrastruttura telematica, al fine di creare una dinamica in cui la crescita di un fattore induca la crescita dell'altro. A tal fine, occorre prevedere, in particolare a livello normativo, elementi chiari e definiti affinché la diffusione della banda larga, nonché il potenziamento delle carenze infrastrutturali possano realmente incidere sulla competitività e sullo sviluppo dei sistemi produttivi locali.

Sulla base di queste considerazioni, l'azione dell'amministrazione regionale deve mirare a contrastare la

dell'innovazione della Presidenza del Consiglio, intervenendo a margine di un convegno a Milano sull'innovazione e lo sviluppo ha affermato che *“Nel prossimo Cipe dovrebbero passare stanziamenti per i primi 400 milioni per la banda larga..l'argomento è in agenda per il prossimo Cipe ed è una delle priorità del comitato”* (fonte: *“Banda larga: sarà la volta buona?”*, www.key4biz.com, 8.3.2010).

creazione di un "divario" tecnologico ed economico e la conseguente perdita di competitività del territorio locale.

Tale impulso è peraltro destinato a scontrarsi contro la scarsa propensione agli investimenti nello sviluppo dell'infrastruttura a banda larga da parte dei privati, principalmente addebitabile alle incerte previsioni di ritorno degli investimenti ed alla generale incertezza del quadro regolatorio.

Nell'ambito della valutazione e pianificazione dell'investimento in una rete NGN sono numerosi i fattori che assumono rilievo e condizionano le scelte degli operatori privati.

In primo luogo, valutare la sostenibilità dal punto di vista economico e finanziario di un qualsiasi progetto di investimento richiede la precisa rispondenza del progetto a logiche di mercato, comportando un *Valore Attuale Netto* (VAN) dell'investimento almeno pari a zero³⁰⁶.

A ciò va aggiunto che, nel complesso, l'investimento relativo all'implementazione di una rete NGN dovrà riguardare sia l'infrastruttura primaria della rete, sia l'acquisto della rete finale di accesso in rame, attualmente di proprietà dell'operatore *incumbent*. Infatti, accanto ad un periodo iniziale di affiancamento delle due tecnologie (rame e fibra ottica), la fase finale prevede inevitabilmente la sostituzione completa della vecchia rete e la migrazione verso la rete NGN degli utenti. Ciò implica che le

³⁰⁶ Il Valore Attuale Netto, o VAN, è un criterio di scelta utilizzato nelle operazioni finanziarie. Più precisamente, è una metodologia tramite cui si definisce il valore attuale di una serie di flussi di cassa non solo sommandoli contabilmente, ma attualizzandoli sulla base del tasso di rendimento. Tiene conto dei costi opportunità, cioè delle entrate mancanti derivanti dall'uso alternativo di risorse, degli effetti collaterali, ossia degli indotti derivanti dall'investimento sull'attività dell'impresa ed, invece, ignora i costi sommersi e presuppone l'esistenza di un mercato perfetto, dove gli azionisti hanno libero accesso al mercato finanziario efficiente in modo da poter calcolare il costo opportunità del capitale.

linee da migrare siano nella disponibilità del soggetto che opera l'investimento.

Con riferimento, invece, all'investimento necessario alla creazione della nuova rete, il costo dipenderà dal numero di linee installate, dal costo per ciascuna linea "passata" e quello per ciascuna linea "connessa".

Dal punto di vista finanziario, poi, è importante considerare anche la scansione temporale degli investimenti, elemento fondamentale per la definizione del valore.

Altro importante elemento di valutazione è rappresentato dall'impatto atteso della regolamentazione, la quale verosimilmente inciderà sulla definizione dei prezzi di accesso per le linee, i quali si baseranno sul principio di orientamento al costo e al rendimento di equilibrio, al fine di orientare il VAN verso un valore uguale a zero per la durata tecnica ed economica dell'investimento.

Ulteriore elemento da analizzare è il costo del capitale, che rappresenta il tasso di attualizzazione dei flussi finanziari, sia positivi che negativi, generati dall'investimento, e si lega al grado di rischio dell'investimento, indispensabile per determinare il costo del capitale.

Infine, nell'analizzare la sostenibilità economica e finanziaria di un investimento bisognerebbe, inoltre, considerare che, a differenza del passato, in cui si operava in regime di monopolio statale, la futura rete in fibra, invece, dovrà essere sviluppata in un contesto che garantisca il più possibile la concorrenza tra i vari operatori.

In concreto, la realizzazione delle infrastrutture di banda larga a livello locale occorra attuare varie fasi operative, quali la redazione di un piano tecnico territoriale e di un piano di rete, una progettazione preliminare, definitiva e esecutiva e, infine,

l'esecuzione dei lavori attraverso la stipula di contratti attuativi con le ditte aggiudicatarie degli accordi quadro relativi ai singoli lotti³⁰⁷.

A fronte di un quadro estremamente complesso di valutazione e pianificazione economica, sono apprezzabili da un punto di vista regolamentare, le iniziative volte alla rimozione di alcuni ostacoli, specialmente di tipo burocratico, che hanno come scopo quello di prevedere regole omogenee sul territorio per la posa e la stesura di nuove infrastrutture.

Tali regole coinvolgono in maniera indifferenziata le principali tecnologie utilizzabili, prestando maggior attenzione a

³⁰⁷ Per Piano tecnico territoriale deve intendersi la programmazione di massima per la copertura della banda larga sul territorio, elaborato dalla soc. Infratel attraverso l'interazione con le regioni e gli operatori di telecomunicazioni. Esso è strettamente connesso con gli investimenti complessivamente stimati per le opere da realizzare, comprensive dei costi di scavo, dei cavidotti, della fibra ottica e dei lavori di posa, dell'affitto di infrastrutture preesistenti, dei costi di progettazione e direzione lavori. Il Piano di rete viene elaborato sulla base del Piano tecnico territoriale, ma tenendo conto delle risorse effettivamente allocate e, quindi, in un'ottica più ristretta che per ciascuna regione comporta scelte di priorità. I Piani di rete sono rivisti ordinariamente su base annuale. La progettazione preliminare consiste in un dimensionamento programmatico delle tratte relativo ai costi, all'estensione dell'infrastruttura ed ai metodi d'intervento. Essa viene eseguita sulla base del piano operativo annuale. La progettazione definitiva consiste nella verifica di fattibilità del progetto preliminare ai fini dell'affidamento della progettazione esecutiva, la quale definisce in modo compiuto i tracciati e le tecnologie d'intervento. La progettazione esecutiva definisce in modo compiuto le tecniche e tecnologie dell'intervento prescrivendone le modalità esecutive, il costo e l'estensione dell'opera da realizzare in coerenza con le indicazioni ricevute dagli enti locali ed alle autorizzazione e permessi ottenuti. Essa viene effettuata dalle ditte appaltatrici in conformità agli accordi quadro aggiudicati. L'esecuzione dei lavori viene effettuata dalle ditte appaltatrici aggiudicatarie dell'accordo quadro sulla scorta della progettazione esecutiva. Essa comprende la fase di avvio dei lavori (apertura dei cantieri) e la fase di completamento dei lavori stessi. I contratti attuativi riguardano le modalità di esecuzione dell'opera in attuazione dei progetti esecutivi approvati nell'ambito di ciascun accordo quadro stipulato con le ditte aggiudicatarie dei singoli lotti. Il loro costo viene determinato dalle seguenti voci: attività di progettazione e d'indagine; realizzazione dell'opera pubblica e servizi connessi alla stessa; attività di collaudo e controllo. Va precisato che per ogni singolo contratto attuativo la ditta è tenuta a presentare il SAL delle attività e, in caso di fine lavori, il certificato di regolare esecuzione. Cfr. Corte dei Conti, *Interventi per infrastrutture a banda larga*, cit., pag. 13.

quelle che favoriscono un ridotto impatto ambientale. In particolare, l'esigenza primaria della disciplina è di consentire a tutti i soggetti coinvolti nello sviluppo della NGAN la costruzione delle parti di infrastruttura di loro competenza con le metodologie più avanzate e economiche, nonché in maniera autonoma, operando per quanto di loro competenza in modo coerente al fine di ottenere un'infrastruttura omogenea.

Di conseguenza, gli interventi legislativi volti a favorire e sviluppare le reti di nuova generazione hanno inizialmente interessato la semplificazione degli *iter* procedurali per richiedere l'ottenimento delle autorizzazioni sia da enti sia da privati definiti nel d.lgs. del 1 agosto 2003 n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

Successivamente, con legge del 6 agosto 2008 n. 133, si è intervenuti con l'intento di velocizzare la realizzazione degli impianti in fibra ottica, definendo una procedura di rilascio dei permessi ancora più semplificata (DIA) e favorendo l'utilizzo di infrastrutture esistenti (senza oneri)³⁰⁸. La normativa consente all'operatore di avviare i lavori su una nuova tratta in fibra ottica trascorsi 30 giorni dalla presentazione all'amministrazione competente della DIA, previo accordo con l'ente pubblico di riferimento.

Per quel che riguarda, invece, l'ottimizzazione degli investimenti pubblici e/o privati richiesti per la realizzazione di

³⁰⁸ In particolare l'art. 2 prevede che: “*Gli interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono realizzabili mediante denuncia di inizio attività. L'operatore della comunicazione ha facoltà di utilizzare per la posa della fibra nei cavidotti, senza oneri, le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici. Qualora dall'esecuzione dell'opera possa derivare un pregiudizio alle infrastrutture civili esistenti le parti, senza che ciò possa cagionare ritardo alcuno all'esecuzione dei lavori, concordano un equo indennizzo che, in caso di dissenso, è determinato dal giudice*”.

nuove reti in fibra ottica, nonché per l'abbattimento dei relativi costi, è stata prevista con l'art. 1 della legge 69 del 2009 la possibilità di utilizzare le tecniche di posa a basso impatto ambientale quali minitrincee e *no-dig*³⁰⁹.

In particolare, all'art. 15-bis, si prevede che *“per gli interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica, la profondità minima dei lavori di scavo, anche in deroga a quanto stabilito dalla normativa vigente, può essere ridotta previo accordo con l'ente proprietario della strada”* estendendo, così, l'applicabilità della minitrincea anche ai comuni piccoli e in ambito extraurbano, fermo restando l'obbligo di ottenere il relativo nulla osta da ogni ente proprietario.

È evidente, che l'intera normativa finalizzata a regolamentare l'attività di costruzione dei *“condotti”* per le nuove

³⁰⁹ Tuttavia, queste tecniche sono state, in passato, in contrasto con le prescrizioni dettate dal Codice della Strada (d.l. 285/92) e dal suo Regolamento di esecuzione (DPR 495/92) che all'art. 66 comma 3 sancisce: *“La profondità, rispetto al piano stradale, dell'estradosso dei manufatti protettivi degli attraversamenti in sotterraneo deve essere previamente approvata dall'ente proprietario della strada in relazione alla condizione morfologica dei terreni e delle condizioni di traffico. La profondità minima misurata dal piano viabile di rotolamento non può essere inferiore a 1 metro”*. Questo assunto veniva utilizzato dagli enti pubblici come riferimento per qualsiasi attività di scavo, oltre ad essere solitamente riportato nei regolamenti Provinciali o nei disciplinari ANAS. Successivamente, però, una Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 3/3/99 rivolta alla P.A. ha previsto *“per la razionale sistemazione nel sottosuolo degli impianti tecnologici”* lo sviluppo di Gallerie Polifunzionali e l'impiego di tecniche di posa a basso impatto ambientale in ambito urbano, in deroga alla profondità di posa prevista dal Codice della Strada. Infatti, l'art. 5, comma 3, prevede che *“Per gli attraversamenti e le occupazioni trasversali e longitudinali della sede stradale, realizzati in sotterraneo con impianti inerenti i servizi di cui al primo comma dell'art. 28 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, la profondità minima di interrimento, di cui al terzo comma dell'art. 66 del sopracitato regolamento di esecuzione n. 495, non si applica al di fuori della carreggiata; al di sotto della stessa tale profondità minima può essere ridotta, previo accordo con l'Ente proprietario della strada, ove lo stato dei luoghi o particolari circostanze lo consigliano; sono, comunque, fatte salve le prescrizioni delle norme tecniche UNI e CEI vigenti per ciascun tipo di impianto.”* Cfr., al riguardo, ANFOV – *“Note tecniche per lo sviluppo in Italia di una infrastruttura NGN in linea con le norme di principio contenute nella legge 133/2008”*, Roma, 2009.

reti in fibra ottica presenta vantaggi di particolare importanza per la collettività. Si consente, infatti, di ridurre notevolmente i tempi e i costi rispetto alle tecniche utilizzate per lo “scavo tradizionale”, di arrecare minor disturbo alla viabilità, di assicurare maggiore sicurezza al cittadino grazie all’eliminazione dei pericoli legati a scavi aperti, nonché di ridurre le attività relative agli scavi con un minore sfruttamento delle cave e con meno conferimenti in discarica.

Complementare a tali iniziative, è l’esigenza avvertita di procedere ad un censimento completo delle infrastrutture realizzate a livello locale dai grandi operatori attraverso le differenti tecnologie. Al riguardo, assume rilevanza l’ipotesi di un catasto delle infrastrutture³¹⁰ che consentirebbe l’abbattimento dei costi dell’investimento per la realizzazione delle nuove reti, potendo utilizzare potenzialmente parte delle infrastrutture già esistenti.

Anche se risulta estremamente complesso conoscere la consistenza effettiva della rete, il catasto delle infrastrutture offrirebbe l’opportunità di creare una piattaforma nazionale comune in grado di recepire informazioni da settori eterogenei secondo uno schema di base comune, per riuscire anche a gestire i

³¹⁰ Di recente, non a caso è stata vagliata la possibilità di sviluppare un Catasto Infrastrutture, quale strumento finalizzato ad inventariare gli impianti del settore delle telecomunicazioni presenti sul territorio nazionale, con l’obiettivo principale di definire la consistenza della rete fissa e mobile di telecomunicazioni in modo compatibile con una prospettiva di medio - lungo periodo, con i catasti di terreni e fabbricati, il catasto delle strade e la mappatura dei sottoservizi presenti sul territorio. Si tratta di una possibilità che va a inserirsi in un progetto più ampio relativo all’evoluzione del settore nel passaggio alle reti NGAN, e di uno strumento di conoscenza della configurazione attuale della rete che può supportare i vari operatori di mercato sia in fase decisionale che di progettazione, con lo scopo fondamentale di ottimizzare l’uso delle risorse. Vedi, Del Giudice, *Catasto Infrastrutture*, Working Paper 3.1, Progetto ISBUL, Roma 2009, pag. 4 e ss.

processi di trasformazione del territorio in una prospettiva di sostenibilità economica, finanziaria, ambientale e sociale.

In tale direzione si muove l'impegno assunto da Telecom Italia, operatore dominante nel mercato dell'accesso a banda larga, di comunicare all'organo di vigilanza i propri "Piani Tecnici per lo Sviluppo della Rete Fissa di Accesso", con specifico riferimento al "Piano della Rete di Accesso di Nuova Generazione"³¹¹. Ciò consente di conoscere in anticipo i piani di sviluppo di reti NGN e consente agli operatori alternativi di predisporre le proprie strategie di sviluppo in modo sinergico. Infatti, un altro rilevante impegno adottato da Telecom Italia è relativo alla predisposizione di un'offerta di accesso alle proprie infrastrutture civili di posa (i.e. cavidotti, canaline e fibra spenta) che consentano l'allacciamento degli operatori terzi alla fibra ottica posata³¹².

Telecom è inoltre tenuta a fornire un *database* contenente informazioni relative alla presenza di infrastrutture civili, inclusa la presenza di fibra ottica posata (tanto spenta, quanto attiva). Ancora, nell'ambito della realizzazione di scavi da parte di Telecom, al fine di evitare un congestionamento dei cavidotti, si è ritenuto "*auspicabile che Telecom Italia prevedesse spazi*

³¹¹ Cfr. il Gruppo di Impegni n. 6, proposti da Telecom Italia S.p.A. e approvati con delibera AgCom n. 718/08/CONS.

³¹² Cfr. il Gruppo di Impegni n. 9, approvato con delibera AgCom n. 718/08/CONS. L'offerta è stata pubblicata da Telecom Italia in data 30.6.2009 (Offerta di Infrastrutture di Posa per lo sviluppo di reti FTTX, disponibile sul portale *wholesale* di Telecom Italia). Analogamente, è stata pubblicata una proposta tecnica ed economica per la possibile condivisione con gli operatori interessati degli investimenti e dei costi per la realizzazione di nuove infrastrutture di posa (offerta pubblicata sul menzionato portale in data 28.10.2010)

sufficienti per consentire agli altri operatori di stendere i propri cavi”³¹³.

La proposta di istituire un catasto delle infrastrutture, tramite un’eventuale previsione a livello legislativo, completerebbe questo insieme di disposizioni di dettaglio e agevolerebbe una mappatura più organica della situazione infrastrutturale in Italia, ciò anche al fine di monitorare il rispetto del principio di neutralità tecnologica³¹⁴.

Nel processo di definizione e elaborazione delle regole che sono deputate ad accompagnare la transizione verso la rete NGN assume inoltre rilevanza l’istituzione del “Comitato NGN Italia”, prevista dalla citata legge n. 69 del 2009 e avvenuta con la delibera AgCom n. 731/09/CONS³¹⁵.

³¹³ Cfr. l’articolo 42 e considerando 33 della delibera AgCom n. 731/09/CONS, con cui l’AgCom ha imposto alcuni obblighi regolamentari in capo a Telecom Italia relativi ai servizi di accesso.

³¹⁴ Il principio di neutralità tecnologica richiama il dibattito sulla neutralità della rete (c.d. *network neutrality*). In sintesi, da un lato si è sottolineata l’importanza dell’esistenza di reti aperte (c.d. *network openness*) che assicurino pari trattamento ai diversi servizi, applicazioni ed in grado di promuovere la crescita economica e garantire la libera espressione delle idee; dall’altro lato, si è evidenziato che la realizzazione di reti a banda larga implicherebbe investimenti ingenti e rischiosi. Al riguardo, tale questione può incidere sull’efficiente funzionamento dei mercati in quanto la struttura del mercato espone al rischio di investimenti in infrastrutture e contenuti inferiori al livello socialmente ottimale. A livello comunitario, sono state introdotte nuove disposizioni volte a rafforzare i diritti degli utenti di internet e la neutralità della rete. Nello specifico, la nuova formulazione dell’art. 8, paragrafo 4, lett. g), della Direttiva Quadro 2002/21/CE prevede che le autorità nazionali di regolamentazione promuovano “la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta”, oltre a salvaguardare le libertà fondamentali degli utenti internet. Nelle direttive, inoltre, si prescrivono vari obblighi concernenti l’applicazione della *network neutrality*, inclusa l’opzione di indurre gli operatori a offrire livelli minimi di qualità del servizio e condizioni trasparenti circa le limitazioni poste ai servizi e le politiche di gestione del traffico (c.d. *traffic management*).

³¹⁵ Cfr., in particolare, l’art. 73, co. 6. Si tenga anche conto che l’Agcom è molto attiva sul tema dell’innovazione della P.A.: nel corso del 2009 ha finanziato, infatti, il Programma di Ricerca “*Infrastrutture e Servizi a*

Il Comitato NGN è un organo consultivo del Consiglio dell'AgCom, con l'obiettivo di elaborare proposte ed individuare soluzioni relative a questioni attinenti gli aspetti tecnici, organizzativi ed economici connessi alla transizione alle reti di nuova generazione. Il Comitato è sede di confronto ed elaborazione tra quanti operano nel settore e a questi è stato attribuito il compito di definire una proposta di "*Linee guida per la disciplina della transizione alle reti NGN*", nel cui ambito individuare le soluzioni alle maggiori criticità regolamentari che si pongono nella fase del passaggio all'infrastruttura NGN.

Di recente, il Comitato ha pubblicato la bozza definitiva della proposta non vincolante di Linee Guida, che rappresentano un riferimento obbligato per l'evoluzione del quadro regolamentare. Nel seguito, si analizzano i principali aspetti critici affrontati³¹⁶.

i) Procedure di migrazione verso la fibra ottica. Al riguardo è stata prevista una prima fase transitoria detta di "*overlay*" e una seconda fase detta di "*total replacement*". In fase di *Overlay*, la rete tradizionale in rame mantiene piena operatività e convive con i prodromi della rete ottica. La fase di *total replacement* mira a sostituire progressivamente la rete in rame con la nuova NGA in fibra ottica e potrà essere attivata indipendentemente centrale per

Banda larga e Ultra Larga", con la collaborazione di alcuni dei principali atenei italiani. Il programma si è articolato su 3 progetti (Tecnologico, Economico e Giuridico) e 14 sottoprogetti (work packages) con l'obiettivo di porre le basi per un presidio permanente dell'Autorità sulle tematiche tecnologiche, normative, economiche, relative agli aspetti infrastrutturali delle Reti di Nuova Generazione a banda larga e ultra larga, al fine di ottenere risultati utili alla promozione e allo sviluppo delle reti NGN, a vantaggio dell'intera collettività. Uno di tali sottoprogetti (work package 3.2) di cui è disponibile, da febbraio 2010, il Final Report, è stato in particolare dedicato a Servizi ed Applicazioni di Pubblica Utilità, approfondendo i temi di reti, servizi e organizzazione dell'e-Government, e-Learning, e-Health e telemedicina, telelavoro.

³¹⁶ La Proposta non vincolante di Linee Guida è stata presentata al Consiglio in data 2.10.2010 ed è accessibile alla pagina web: www.key4biz.it/files/000155/00015578.pdf.

centrale. Da sottolineare che la decisione di sostituire completamente la rete in rame con quella in fibra ottica è di competenza esclusiva di Telecom Italia. Ciò in considerazione del cospicuo valore della rete da dismettere e delle difficoltà per un soggetto pubblico di rilevarne la proprietà.

ii) Unbundling dell'accesso alla fibra ottica. Allo stato attuale non vi sono previsioni che regolano un eventuale accesso disaggregato alla rete in fibra ottica, al pari di quanto previsto con la rete in rame³¹⁷. Le Linee Guida propongono di elaborare soluzioni che assicurino l'apertura della rete, permettendo a tutti gli operatori di ottenere un accesso disaggregato alla risorsa ottica, al fine di offrire servizi agli utenti finali. In particolare, si propone che, in base al principio di reciprocità, sia fornito accesso alle infrastrutture di posa su tutto il territorio nazionale a condizioni non discriminatorie e a prezzi sottoposti al controllo dell'AgCom³¹⁸.

Tale opzione è prevista in maniera facoltativa, prevedendo la possibilità di una introduzione in via regolamentare esclusivamente per le aree geografiche definite “cluster 2” in cui “la forza del mercato

³¹⁷ La delibera AgCom n. 731/09/CONS prevede infatti unicamente l'obbligo di accesso *bitstream* sulla fibra (“l'Autorità [...] ritiene necessario che Telecom Italia continui ad essere sottoposta all'obbligo di fornitura dei servizi *bitstream* e dei relativi servizi accessori, sia su rete in rame, sia su rete in fibra ottica. In relazione a quest'ultimo aspetto, l'Autorità, in considerazione delle valutazioni espresse [...] circa la non proporzionalità di un obbligo di *unbundling* dei segmenti di accesso in fibra, ribadisce comunque che la fornitura dei servizi *bitstream* su fibra ottica sia necessaria al fine di garantire che possano svilupparsi offerte concorrenti anche su questi tipi di accessi”; *ibidem*, para 38). In termini pratici, mentre la separazione della rete di accesso locale (cd. “*unbundling local loop*” - “ULL”) consente agli operatori telefonici alternativi a Telecom Italia di affittare l'ultimo tratto della rete di comunicazione che collega la centrale Telecom Italia alla sede dell'utente, staccandolo dagli apparati Telecom e collegandolo ai propri, il servizio *bitstream* consente l'accesso alla rete XDSL di Telecom Italia più una corrispondente capacità trasmissiva fino alla rete dell'operatore alternativo.

³¹⁸ Allo scopo, mentre per le infrastrutture esistenti si può far riferimento al regime ad un regime di prezzi orientato al costo, per quelle di nuova realizzazione, si può introdurre un sistema di prezzi amministrato (*ibidem*, par. 3).

non è sufficiente a generare in modo spontaneo la concorrenza infrastrutturale”³¹⁹.

iii) Inventario delle infrastrutture. L’obiettivo è di creare un “Inventario delle infrastrutture di posa esistenti” sul territorio nazionale al fine di identificare il proprietario e la dislocazione delle infrastrutture³²⁰.

A fronte di tale impostazione, gli operatori alternativi hanno manifestato una tiepida accoglienza, manifestando in particolare la necessità di aderire ad un modello di concorrenza basata sui servizi finali offerti ai consumatori, piuttosto che sulla sovrapposizione di infrastrutture³²¹. Secondo tale impostazione, la disaggregazione della fibra ottica dovrebbe essere il rimedio regolatorio privilegiato, da realizzare in maniera necessaria e non facoltativa, quale preconditione della migrazione dalla rete in rame verso quella in fibra ottica.

Ciò, in altri termini, conduce alla trasposizione della situazione regolamentare esistente sulla fibra in rame anche alla nuova fibra ottica delle reti NGN.

A livello nazionale, quindi, il dibattito economico-normativo è in pieno sviluppo e si attende l’avvio della fase di

³¹⁹ In tali aree può essere sviluppata una sola rete in virtù della quale si produce la concorrenza sui servizi. Cfr. Linee Guida, cit., par. 6.12.

³²⁰ La predisposizione di tale inventario dovrà avvenire in maniera graduale, giusta la previsione di specifici rimedi regolamentari in capo all’AgCom. Cfr. *Linee Guida, cit.*, par. 10.

³²¹ In particolare, nel documento predisposto dagli operatori alternativi AIIP, Fastweb, Wind, Vodafone, TeleTu, Tiscali e Welcome Italia che insieme a - che insieme a Telecom Italia compongono il Comitato NGN – si afferma che “*l’unico modello competitivo in grado di assicurare l’ammodernamento della rete e di preservare il meccanismo concorrenziale è basato sulla realizzazione di una rete di accesso di nuova generazione senza sovrapposizioni e di una competizione sui servizi forniti su di essa tra i vari operatori attraverso l’ULL della fibra in centrale*” (cfr. il documento disponibile alla pagina web www.key4biz.it/files/000156/0001_5614.pdf).

consultazione in merito alla concreta definizione della regolamentazione dei servizi di accesso alle reti NGN³²².

3.3.4. *Il quadro regolamentare comunitario delle NGN.*

Peraltro, a livello comunitario il quadro normativo di riferimento è in via di progressiva definizione.

Merita, infatti, segnalare come la Commissione europea ha adottato una serie di misure finalizzate a favorire l'introduzione e l'adozione della banda larga veloce e ultraveloce³²³.

Tali iniziative hanno di recente trovato un auspicabile momento di sintesi nell'adozione della raccomandazione del 20 settembre 2010, riguardante l'accesso regolato alle reti di NGA³²⁴, con cui si è delineato un approccio normativo comune per l'accesso alle nuove reti veloci a fibra ottica e si è imposto ai regolatori nazionali delle telecomunicazioni di garantire un equilibrio adeguato tra la necessità di incoraggiare gli investimenti e quella di tutelare la concorrenza³²⁵.

³²² Il documento per la consultazione è stato pubblicato in data 19.1.2011, con Delibera 1/11/CONS. A seguito della consultazione del mercato, l'Autorità assumerà le determinazioni finali, definendo gli specifici obblighi regolamentari relativi alle infrastrutture di rete NGN.

³²³ Neelie Kroes, vicepresidente della Commissione europea per l'Agenda digitale, ha dichiarato in proposito: "*La velocità della banda larga è ossigeno per le comunicazioni digitali, essenziale per la prosperità e il benessere dell'Europa. Queste misure contribuiranno a far sì che i cittadini europei fruiscano di internet in maniera ottimale, all'altezza delle loro aspettative, per poter accedere ai servizi e ai contenuti Internet desiderati*"; v. Kroes, *Agenda digitale: le connessioni a banda larga sono già veloci, ma l'Europa deve fare di più*, comunicato stampa IP/10/1062 del 25.11.2010.

³²⁴ Vedi la Raccomandazione della Commissione del 20 settembre 2010 relativa all'accesso regolamentato alle reti di accesso di nuova generazione (NGA) (2010/572/UE), in GUUE n. L 251 del 25/09/2010 pag. 0035 – 0048 ("Raccomandazione NGA").

³²⁵ In particolare la Commissione europea nel considerando n.1 asserisce che "*Il mercato unico UE dei servizi di comunicazione elettronica, e in particolare lo sviluppo di servizi di banda larga superveloci, sono*

Nello specifico la raccomandazione si propone di favorire lo sviluppo del mercato unico rafforzando la certezza del diritto e promuovendo gli investimenti, la concorrenza e l'innovazione sul mercato dei servizi a banda larga, in particolare nella transizione verso le reti NGA.

A tal fine, la Commissione si propone di guidare le Autorità nazionali di regolamentazione (ANR) verso l'applicazione uniforme delle misure correttive previste dal quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche in relazione alle reti NGA. Ciò mediante la definizione di un approccio comune cui le ANR dovrebbero conformarsi nell'individuare, nell'ambito delle procedure di analisi dei mercati n. 4 e n. 5 della Raccomandazione 2007/879/CE, le misure correttive e le relative modalità applicative, ritenute maggiormente appropriate, da imporre all'operatore avente significativo potere di mercato ("operatore SMP")³²⁶.

essenziali ai fini della crescita economica e del conseguimento degli obiettivi delineati nella strategia "Europa 2020". Il ruolo fondamentale delle telecomunicazioni e della diffusione della banda larga in termini di investimenti creazione di posti di lavoro e ripresa generale dell'economia nell'UE è stato particolarmente messo in evidenza dal Consiglio europeo nelle conclusioni della riunione del marzo 2009. Una delle sette iniziative faro della strategia "Europa 2020" è costituita dall'elaborazione dell'Agenda digitale europea, presentata nel maggio 2010".

³²⁶ Si tratta dei mercati rilevanti dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture fisiche di rete (mercato n. 4) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 5). La raccomandazione sollecita le ANR ad esaminare "le differenze tra le condizioni concorrenziali nelle diverse zone geografiche al fine di determinare se la definizione di mercati geografici subnazionali o l'imposizione di misure correttive differenziate siano giustificate". Si afferma, inoltre, che "se le divergenze tra le condizioni concorrenziali sono stabili e sostanziali, le ANR devono definire mercati geografici subnazionali in conformità alla raccomandazione 2007/879/CE della Commissione. Negli altri casi occorre che le ANR verifichino se l'installazione di reti NGA e la conseguente evoluzione delle condizioni concorrenziali entro un mercato geograficamente definito giustifichino l'imposizione di misure correttive differenziate" (punto 9).

In merito al mercato dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture fisiche di rete (mercato n. 4), la Commissione rileva in primo luogo la necessità di imporre in capo all'operatore SMP l'obbligo di fornire accesso alle proprie infrastrutture civili, in conformità al principio di equivalenza e a prezzi orientati ai costi. La Commissione raccomanda altresì, in seguito ad una specifica richiesta, la pubblicazione tempestiva (sei mesi) di un'offerta di riferimento per l'accesso alle infrastrutture civili e richiede alle ANR di incoraggiare o, ove possibile ai sensi del diritto nazionale, di imporre all'operatore SMP che costruisce le infrastrutture di ingegneria civile la predisposizione di capacità sufficiente affinché altri operatori le possano utilizzare.

In caso di installazione da parte dell'operatore SMP di una rete FTTH, la Commissione raccomanda l'imposizione, oltre che dell'accesso alle infrastrutture civili, anche dell'accesso al segmento di terminazione della rete di accesso dell'operatore SMP, compreso il cablaggio all'interno degli edifici. Anche questa forma di accesso dovrebbe essere fornita in conformità al principio di equivalenza ed a prezzi orientati ai costi. La Commissione infine richiede alle ANR di incoraggiare o, ove possibile ai sensi del diritto nazionale, di obbligare l'operatore SMP a installare linee in fibra multipla nel segmento di terminazione³²⁷.

³²⁷ Significativa, specie con riferimento al dibattito in corso a livello nazionale, è la previsione che, nel caso di installazione di una rete FTTH, le ANR dovrebbero, secondo la Commissione, *“in linea di principio rendere obbligatorio l'accesso disaggregato alla rete in fibra”* (ULL della fibra). Eventuali eccezioni potrebbero giustificarsi *“solo in zone geografiche in cui la presenza di numerose infrastrutture alternative, come le reti FTTH e/o il cavo, combinata con offerte di accesso competitive, possa dar luogo a una concorrenza effettiva a valle”*. Nella definizione del prezzo dell'accesso, la Commissione raccomanda che sia tenuto in considerazione tenuto in debito conto il rischio supplementare sostenuto dall'operatore SMP (par. 22). Invece, nel caso in cui l'operatore SMP installi una rete FTTN (*Fiber-To-The-Node*), la Commissione raccomanda alla ANR di imporre un obbligo di accesso disaggregato alla sottorete in rame a prezzi orientati ai costi.

Con riferimento al coinvestimento da parte di più operatori per l'installazione di una rete FTTH basata su linee a fibra multipla, la Commissione indica di analizzare le condizioni di concorrenza nella zona interessata dal coinvestimento, al fine di esaminare se ciascun coinvestitore gode di un accesso alle infrastrutture congiunte strettamente equivalente e orientato ai costi e se tra i coinvestitori è in atto una concorrenza effettiva nel mercato a valle³²⁸.

Con riferimento al mercato dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato n. 5), la raccomandazione richiede che le ANR individuino le tipologie di offerte all'ingrosso da rendere obbligatorie sulla base delle caratteristiche tecniche della rete NGA dell'operatore con significativo potere di mercato e prevede che tali offerte all'ingrosso siano rese disponibili con sei mesi di anticipo rispetto ai corrispondenti servizi al dettaglio. La Commissione raccomanda che i prezzi dei servizi *bitstream* su fibra siano orientati ai costi a meno che l'ANR non verifichi che una misura di separazione funzionale o altre forme di separazione si siano rivelate altrettanto efficaci nel garantire l'equivalenza dell'accesso³²⁹.

Infine, relativamente all'aspetto della migrazione dalla rete in rame a quella in fibra ottica, la Raccomandazione enuncia il principio per cui, in assenza di accordi tra le parti, un opportuna misura è quella di imporre un obbligo di comunicazione

³²⁸ A ciò si aggiunge inoltre la raccomandazione di accertare se i coinvestitori installano “*una capacità dei condotti sufficiente per l'utilizzo da parte di terzi e se assicurano un accesso orientato ai costi a tale capacità*” (par. 28).

³²⁹ La Commissione inoltre raccomanda alle ANR di considerare la possibilità di eliminare l'obbligo di accesso *bitstream* all'ingrosso nelle zone geografiche in cui esse ritengono che esista un accesso effettivo all'anello in fibra disaggregato della rete dell'operatore SMP e che tale accesso possa portare ad una concorrenza effettiva a valle.

preventiva in capo agli operatori della decisione di dismettere i punti di interconnessione (i.e. le centrali di commutazione della rete locale) con almeno cinque anni di anticipo, nonché di richiedere all'operatore SMP informazioni su eventuali piani di sviluppo della rete che potrebbero incidere sulle condizioni di concorrenza in un determinato mercato.

In conclusione, la questione della promozione e regolamentazione delle reti NGN assume particolare rilevanza in un contesto multi-livello, in cui interventi comunitari, nazionali e locali si sovrappongono. Ciò è inevitabilmente collegato all'importanza che l'accesso generalizzato alla banda larga possiede, quale premessa essenziale per lo sviluppo sociale; il ruolo delle istituzioni e degli enti locali è quello di creare le condizioni favorevoli allo sviluppo dell'innovazione. In tale scenario, anche le Autorità di regolazione possono avere un ruolo determinante nella realizzazione del sistema e nell'individuazione di modelli regolatori diversificati in relazione al regime proprietario delle infrastrutture finanziate con le diverse modalità.

Nel contesto comunitario di sviluppo delle reti di comunicazione a banda larga è inoltre opportuno menzionare la proposta della Commissione destinata al Parlamento europeo ed al Consiglio affinché elaborino un programma strategico quinquennale volto a promuovere una gestione efficiente dello spettro radio, garantendo in particolare che entro il 2013 sia reso disponibile uno spettro sufficiente per le comunicazioni a banda larga senza fili³³⁰.

³³⁰ Commissione europea, *Proposal for a decision of the European Parliament and of the Council establishing the first radio spectrum policy programme* COM(2010) 471 final 2010/0252 (COD); al riguardo, cfr. il comunicato stampa MEMO/10/425 del 20.9.2010, "Spectrum: Commission proposes to ensure availability of radio frequencies for new and faster wireless services".

Infine, una comunicazione della Commissione sulla banda larga ha introdotto un quadro coerente per inserire le tematiche regolamentari all'interno di un contesto più ampio, quale quello dell'Agenda digitale³³¹. In particolare, la preoccupazione della Commissione risiede nella consapevolezza che, sebbene fondamentale nell'incidere nell'ambito dei complessi equilibri e incentivi agli investimenti in NGN, la regolamentazione di per sé sola non rappresenta la condizione sufficiente per promuovere lo sviluppo e la diffusione delle reti e servizi NGN. La Commissione, pertanto, si propone di individuare le modalità per stimolare gli investimenti pubblici e privati nelle reti a banda larga veloci e ultraveloci. A tal fine, gli Stati membri sono invitati a elaborare e studiare piani operativi di banda larga per le reti veloci e ultraveloci attraverso misure concrete di attuazione, dà orientamenti su come tagliare i costi di investimento e indica in che modo le autorità pubbliche possono finanziare gli investimenti in banda larga, ricorrendo anche a un uso più mirato dei fondi UE³³².

3.4. L'utilizzo dei modelli di PPP per la realizzazione di infrastrutture a banda larga ed ultralarga

Sulla spinta dell'impulso comunitario - e nell'attesa di una definizione compiuta della regole in materia di sviluppo e accesso delle reti NGN in Italia -, si è assistito negli ultimi mesi ad alcune

³³¹ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento e al Consiglio *European Broadband: investing in digitally driven growth* Brussels, COM(2010) 472; al riguardo, cfr. il comunicato stampa IP/10/1142 del 20.9.2010. “*Digital Agenda: Commission outlines measures to deliver fast and ultra-fast broadband in Europe*”.

³³² Cfr. Commissione europea, *Agenda digitale: le ricadute pratiche delle misure adottate dalla Commissione per diffondere la banda larga veloce e ultraveloce in Europa*, comunicato stampa, MEMO/10/426, Bruxelles, 20.9.2010.

iniziative di ispirazione governativa che hanno condotto i principali operatori di telecomunicazioni italiani a siglare un *memorandum of understanding* (“MOU”) relativo alla costituzione di una società mista denominata “Italia digitale”, a partecipazione pubblico-privata, per la realizzazione di una infrastruttura NGN³³³ (vedi, più diffusamente *infra* par. 3.4.3). Inoltre, a livello più propriamente locale, appaiono sviluppi meritevoli di approfondimento quelli che hanno interessato la provincia autonoma di Trento, in cui, iniziative fondate sulla cooperazione tra pubblico e privato hanno consentito la progettazione e attuazione di investimenti in una rete NGN (vedi, *infra*, par. 3.4.4).

In tale prospettiva, la via maestra da percorrere appare quella di un approccio di sistema che si poggia su un complesso di relazioni tra i vari attori locali (enti, imprese di comunicazione e cittadini) al fine di introdurre prodotti ad alto valore aggiunto nel mercato locale, valorizzando le competenze delle persone e creando nuove abilità nel governo e nell’uso delle tecnologie ICT.

Tuttavia, prima di analizzare gli sviluppi da ultimo menzionati, si ritiene opportuno inquadrare tali iniziative nell’ambito della più ampia cornice costituita dalle problematiche inerenti l’intervento pubblico e l’utilizzo dei modelli di partenariato pubblico-privati quale fonte di finanziamento e strumento di realizzazione di progetti infrastrutturali in ambito NGN e, in particolare, della loro interazione con la disciplina degli aiuti di Stato.

³³³ Peraltro, tale progetto riprende e completa un originario tentativo che alcuni operatori nel mese di maggio 2010 (Fastweb, Vodafone, Wind e Tiscali) hanno effettuato al fine di costituire una società che coinvolga sia gli operatori privati che le istituzioni per la costruzione di reti NGN (cd. “*Società della Fibra*”; cfr. “Al via la rete in fibra senza Telecom”, *Milano Finanza*, 5.5.2010, pag. 14).

3.4.1 I primi interventi pubblici per la promozione delle reti a banda larga: il progetto SOCRATE e gli accordi per l'utilizzo di infrastrutture civili di posa dei cavi.

In Italia, la necessità e l'opportunità dello sviluppo della banda larga e, soprattutto, ultralarga ha favorito l'attuazione di alcuni significativi progetti finalizzati, peraltro, alla diffusione ed al rafforzamento del *Next Generation Network*³³⁴.

I primi tentativi di creazione di un'infrastruttura a banda larga a livello nazionale hanno riguardato la rete xDSL e risalgono alla metà degli anni novanta, epoca in cui le infrastrutture di telecomunicazione e trasmissione dei dati erano di monopolio di Telecom Italia, che per gli investimenti diretti all'ammodernamento delle connessioni tra le centrali, era affiancata dal soggetto pubblico SIP.

Le reti di trasmissione dati, in particolare, si differenziavano a seconda del destinatario al fine di contenere gli ingenti costi legati all'utilizzo della banda larga. In particolare, per la pubblica amministrazione e le grandi imprese, che meglio potevano sopportare spese esose, si utilizzavano connessioni dedicate a banda larga, che variavano sia tecnologicamente che d'intensità d'uso in relazione alle effettive esigenze emergenti.

Per l'utenza diffusa, invece, la trasmissione di dati era basata su una tecnologia ISDN ovvero *Integrated Services Digital Network*, per cui il grosso dell'utenza si connetteva ad Internet ancora tramite la linea telefonica tradizionale, con modem analogici o, utilizzando singolarmente o simultaneamente due linee ISDN, eventualmente abbinate ad un router (velocità

³³⁴ La ragione dell'intervento pubblico in tale ambito si fonda sul presupposto per cui esiste un fallimento del mercato nella realizzazione dell'adeguato livello di infrastrutture a banda larga. Si veda, sul tema, Nicita, *op. cit.*, pag. 13 e ss.

massima 64/128 Kbps) che consentiva la condivisione della connessione.

Un primo tentativo finalizzato all'introduzione ed alla sperimentazione della fibra ottica si è avuto proprio in quegli anni con il programma Socrate, ossia Sviluppo Ottico Coassiale Rete Accesso Telecom, basato su un misto di tecnologie tra le quali i collegamenti in fibra ottica al fine di favorire una connessione ad internet facilitata ed a velocità superiore, nonché al fine di introdurre offerte commerciali di tipo *triple play* (inclusive cioè di voce, dati e del segnale televisivo dell'operatore STREAM, all'epoca controllato da Telecom Italia).

Il programma, per la sua complessità e per le sue caratteristiche, comportava un'ingente spesa, nonché un inevitabile e difficile coordinamento tra i diversi enti territoriali per consentire i lavori di posa dei cavi e la condotta del cavo coassiale fino al domicilio dell'utente³³⁵.

La realizzazione dell'investimento ebbe inizio limitatamente ad alcune zone (raggiungendo circa due milioni di persone), ma fu poi sospeso in considerazione dell'avvio della privatizzazione di Telecom Italia e della cessione della quota pubblica di maggioranza in favore di imprenditori privati. Al contempo, gli investimenti furono indirizzati verso l'utilizzo di nuove tecnologie applicate alla rete di accesso in rame, che rendeva possibile il risparmio del dispendioso costo di sostituzione delle risorse. Nella specie, l'utilizzo della tecnologia di trasmissione ADSL rese possibile aumentare la capacità di banda tradizionale.

Nel frattempo, gli investimenti intrapresi per la posa dei cavi coassiali non si rivelarono vani. Infatti, come vedremo, un

³³⁵ Secondo le stime, gli investimenti sarebbero ammontati a circa 2,5 miliardi di euro. Cfr. ERCE, *Il caso Socrate*, Università di Padova; Nicita, *op. cit.*, pag. 18.

accordo tra Telecom Italia e e.Biscom consentì a Fastweb l'utilizzo delle originarie infrastrutture civili per la posa dei cavi in fibra ottica.

Tali accordi per l'utilizzo delle infrastrutture civili di Telecom Italia furono in particolare favoriti dalla decisione dell'AGCM nell'ambito dell'operazione di acquisto da parte di Seat Pagine Gialle (controllata proprio da Telecom Italia) di Cecchi Gori Communications S.p.A.³³⁶.

L'operazione pose in risalto la criticità di un assetto concorrenziale che avrebbe permesso all'operatore dominante nel mercato delle telecomunicazioni di controllare e essere attivo anche nel mercato della televisione in chiaro³³⁷.

L'AGCM autorizzò l'operazione a precise condizioni – a fronte della posizione dell'AgCom che, invece, lamentava la violazione dell'art. 4, comma 8, della l. 249/1997, la cosiddetta “*legge Maccanico*”³³⁸. Tra le condizioni imposte a Telecom Italia,

³³⁶ AGCM, provvedimento n. 9142 del 23 gennaio 2001, C4158 – *Seat/Cecchi Gori*, in Boll. 3/2001.

³³⁷ In sostanza, Seat con la cessione si appropriava di due concessioni per l'emittenza televisiva ponendo così Telecom Italia, da cui era controllata, in una posizione largamente dominante in contrasto con la tutela della libera concorrenza nel mercato. Nel provvedimento AGCM n. 9142 (C4158) del 23 gennaio 2001, cit., che autorizza la concentrazione, è previsto che “*è stato sottolineato, in particolare, che Telecom, a seguito dell'operazione in esame, è in grado di realizzare un'integrazione verticale non replicabile dai concorrenti di TELECOM, i quali, anche se più efficienti nell'erogazione di specifici servizi su determinati segmenti di mercato, non sarebbero nelle condizioni di competere sull'intera filiera produttiva in cui è presente Telecom.*”

³³⁸ Il problema concorrenziale nasceva dal fatto che l'acquisto del controllo del Gruppo Cecchi Gori Communications, operante nel settore della televisione in chiaro, avrebbe contravvenuto all'ultimo periodo dell'articolo 4, comma ottavo, della legge n. 249/1997 (successivamente abrogato dal d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259), ai sensi del quale “*La concessionaria del servizio pubblico di telecomunicazioni non può essere destinataria direttamente o indirettamente di concessioni radiotelevisive su frequenze terrestri in chiaro né fornire programmi o servizi né raccogliere pubblicità per i concessionari radiotelevisivi nazionali e locali su frequenze terrestri in chiaro*”. Cfr. Nicita, *Governance*, cit., pag. 20.

particolare rilievo ai fini della nostra trattazione assume quella con cui si è imposto l'obbligo di consentire agli operatori economici richiedenti, l'accesso a condizioni non discriminatorie e orientate al costo alle infrastrutture civili realizzate da Telecom Italia per la posa dei cavi in fibra ottica³³⁹.

In nuce, la vicenda presenta dei riflessi di estrema attualità, poiché rivela l'esistenza di forti connessioni tra il sistema radiotelevisivo e quello telematico, le competenze spesso sovrapposte delle due autorità indipendenti e l'importanza rivestita dall'accesso a risorse di banda larga come *input* per lo sviluppo economico del settore delle comunicazioni e, in genere della società dell'informazione.

3.4.2. Le politiche di sostegno all'offerta di infrastruttura mediante l'utilizzo di forme di partenariato pubblico-privato.

Successivamente ad un periodo caratterizzato dall'elaborazione di incentivi di stimolo alla domanda di servizi di connessione a banda larga da parte dell'utente³⁴⁰ e, specialmente, in seguito al prevalente indirizzo affermatosi in sede comunitaria, nonché in altri paesi europei³⁴¹, gradualmente si sono imposte

³³⁹ L'AGCM chiarì successivamente che la locuzione individuava tutte le infrastrutture di posa, realizzate o da realizzare, quali "canalizzazioni", "cunicoli", "tubazioni" e "tubi interrati". Cfr. al riguardo, la decisione n. 10081 del 12.4.2001, C4158B, in Boll. 44/2001.

³⁴⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle politiche di sviluppo della banda larga secondo la tecnologia x-DSL avvenuti nel periodo 2003-2005 e consistenti nell'utilizzo di contributi statali e altre forme di incentivazione indiretta. Cfr. al riguardo Nicita, *op. cit.*, pag. 23.

³⁴¹ Si veda, ad esempio, quanto avvenuto in Scozia con il progetto "Broadband for Scotland", in Inghilterra, con i progetti "Digital Challenge" e "Corridor Manchester" e in Galles, con "Digital Region". In tali esperienze, la creazione di una infrastruttura a banda larga si fonda su un accordo tra l'ente locale di riferimento e un operatore privato. Per una loro descrizione dettagliata, cfr. Nicita, *op. cit.*, pag. 64-65.

politiche di sostegno all'offerta di servizi e infrastrutture NGN, che mirano ad una crescita del livello complessivo di infrastrutturazione del Paese.

Si afferma, in particolare, la consapevolezza che la complessità delle implicazioni sottese allo sviluppo della banda larga ed ultra larga richieda un inevitabile piano di azione unitario da adottare a livello nazionale attraverso l'impiego delle capacità e delle potenzialità proprie degli investitori privati unitamente agli investimenti pubblici.

Non a caso, la Commissione Europea, che più volte ha sottolineato la necessità della banda larga per lo sviluppo delle economie nazionali e locali degli Stati membri, a partire dal 2003, ha esaltato l'importanza degli investimenti pubblici e degli accordi con soggetti privati, selezionati mediante procedure competitive, aperte e trasparenti³⁴².

³⁴² Per un elenco delle decisioni in tema di misure statali di sostegno a progetti di costruzione di reti a banda larga, vedi Nicolaides, Kleis, *The case of Public Funding of Infrastructure and broadband networks*, in *ESTAL* 4/207, pag. 632 e ss.; v. anche le decisioni riportate alla pagina web della Commissione europea specificamente dedicata: http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf. Nella maggior parte dei casi, le misure oggetto d'esame sono state ritenute istitutive di aiuti compatibili con il mercato comune ai sensi e per gli effetti dell'art. 107(3)(c) TFUE (aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche senza alterare le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse), ovvero coperti dalla deroga stabilita dall'art. 106(2) TFUE (nel caso di aiuti conferiti, subordinatamente al rispetto di certe condizioni, ad imprese incaricate della gestione di un servizio d'interesse economico generale): v. Comunicazione della Commissione 30 settembre 2009 sugli orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido delle reti a banda larga, (GUUE C 235/9), secondo cui, "come dimostra la prassi decisionale della Commissione in materia di aiuti di Stato nel settore della banda larga, l'intervento pubblico a sostegno di progetti di banda larga implica spesso la presenza di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE" (divenuto art. 107(1) TFUE). In due casi, tuttavia, la Commissione è giunta a diverse conclusioni: nel caso *Appingedam* (dec. 16 dicembre 2005, Aiuto di Stato N 59/2005 – Paesi Bassi), la misura è stata vietata in quanto qualificata come aiuto di Stato incompatibile, mentre nel citato caso *Citynet Amsterdam* è stato escluso che l'intervento oggetto d'esame comportasse elementi di aiuto.

In particolare, la Commissione ritiene che le PPP costituiscano “*strumenti effettivi per realizzare progetti di infrastrutture, fornire servizi pubblici e innovare più liberamente nel contesto degli sforzi di risanamento imposti dalla recente crisi finanziaria e economica*”³⁴³.

Con particolare riferimento ai progetti di realizzazione di infrastrutture a banda larga, la Commissione mostra di valorizzare l’elemento tipico delle PPP costituito dalla scelta del socio privato mediante una procedura di gara, aperta, trasparente e non discriminatoria³⁴⁴.

Negli orientamenti recentemente pubblicati in tema di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido delle reti a larga banda (gli “Orientamenti”), la Commissione muove dal riconoscimento dell’importanza strategica della banda larga, senza trascurare l’esigenza di garantire che gli aiuti di Stato non vadano a sostituire l’iniziativa privata³⁴⁵.

In tale prospettiva, gli Orientamenti procedono ad indirizzare le iniziative di PPP secondo determinate direzioni di attuazione. In particolare, “*sebbene la Commissione veda con*

³⁴³ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea, “*Mobilising private and public investment for recovery and long-term structural change: developing Public Private Partnerships*” COM(2009)615, Bruxelles 19.11.2009, para. 1.

³⁴⁴ In particolare, la procedura di gara “*è un metodo per minimizzare il vantaggio potenzialmente insito negli aiuti di Stato e per ridurre, al tempo stesso, la natura selettiva della misura dal momento che la scelta del beneficiario non è predeterminata*” (Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido si reti a banda larga*, in GUUE C235/7 del 30.9.2009, par. 51)

³⁴⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido si reti a banda larga*, in GUUE C235/7 del 30.9.2009, par. 22.

estremo favore l'intervento pubblico a sostegno dello sviluppo della banda larga nelle aree rurali e scarsamente servite, la sua posizione è invece più critica per quanto riguarda misure di aiuto a beneficio di zone in cui è già presente un'infrastruttura a banda larga ed in cui vigono condizioni di concorrenza"³⁴⁶. Partendo dalla premessa per cui, nella larga maggioranza dei casi, le misure statali in tale settore comportano aiuti di Stato, la Commissione procede, poi, ad illustrare i casi in cui ciò non avviene, riassumendo la prassi decisionale sviluppatasi nell'applicazione del criterio dell'investitore privato in economia di mercato (ossia il MEIP, "*market economy investor principle*") e dell'art. 106(2) TFUE³⁴⁷.

Nello specifico, il criterio guida per escludere la presenza di aiuti di stato nell'ipotesi di costituzione di una società mista, con una partecipazione statale è valutare se "*i capitali [sono] messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente,*

³⁴⁶

Orientamenti, cit. par. 9.

³⁴⁷

La Commissione afferma, con riferimento al MEIP e alla decisione *Citynet*, che "*la conformità di un investimento pubblico con le condizioni di mercato va dimostrata in modo accurato ed esaustivo, in virtù di una partecipazione significativa di investitori privati oppure dell'esistenza di un solido piano d'attività che mostri un utile adeguato sul capitale investito. Quando investitori privati partecipano a un progetto, la conditio sine qua non è che questi si assumeranno il rischio commerciale connesso all'investimento alle stesse condizioni e negli stessi termini dell'investitore pubblico*"; Orientamenti, par. 19. La decisione *Citynet* (n. C 53/2006 del 11.12.2007) riguardava la decisione del comune di Amsterdam di investire nello strato passivo della rete insieme a due investitori privati e a cinque società di edilizia popolare. L'infrastruttura passiva era di proprietà di un soggetto giuridico separato preposto alla gestione, il quale era controllato per un terzo dal comune di Amsterdam, per un terzo da due investitori privati («ING Real Estate» e «Reggefiber») e per la rimanente quota azionaria dalle società di edilizia popolare. Amsterdam aveva deciso di investire nello strato passivo della rete insieme a due investitori privati e a cinque società di edilizia popolare. L'infrastruttura passiva era di proprietà di un soggetto giuridico separato preposto alla gestione, il quale era controllato per un terzo dal comune di Amsterdam, per un terzo da due investitori privati («ING Real Estate» e «Reggefiber») e per la rimanente quota azionaria dalle società di edilizia popolare.

*da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni del mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato*³⁴⁸.

Tale posizione assume invero significato in relazione alla previsione di instaurare forme di PPP per la realizzazione di progetti infrastrutturali in zone caratterizzate da un divario digitale e che presentano un'assenza di prospettive di ritorno economico³⁴⁹.

Nella sua prassi decisionale, la Commissione mostra di ritenere soddisfatto il criterio dell'investitore privato - e di ammettere, quindi, la possibilità per un'impresa a composizione mista (con uno o più *partner* privati) di avvalersi della partecipazione statale - qualora siano presenti determinate condizioni.

Queste devono essere tali da indicare, in maniera precisa e unica, che l'apporto di capitale pubblico in un'impresa abbia luogo in circostanze che sarebbero accettabili per un operatore razionale e avveduto in economia di mercato. Ciò comporta, peraltro, che le motivazioni dello Stato o dell'ente pubblico che effettua l'investimento devono essere essenzialmente commerciali ed estranee a qualsiasi obiettivo di politica industriale, economica o sociale³⁵⁰.

³⁴⁸ Orientamenti, par. 18.

³⁴⁹ In una delle prime decisioni di incompatibilità, la Commissione mostra di non ritenere applicabile il criterio dell'investitore di mercato nel caso in cui l'intervento statale si giustifica in ragione delle scarse o ridotte prospettive di remunerazione dell'investimento. Cfr. la decisione del 19.7.2006, nel caso C35/2005, "*Broadband development in Appingedam*".

³⁵⁰ Ne discende che la struttura e le prospettive future della società nella quale si effettua l'investimento devono essere tali da far prevedere entro un lasso di tempo ragionevole una redditività che potrà essere considerata normale se paragonata ad un'analogo impresa interamente privata. L'ipotetico investitore privato operante nelle normali condizioni di una economia di mercato fornirà di norma capitale di rischio se il valore attuale netto dei flussi di cassa attesi dall'investimento progettato ("Si tratta dei flussi di cassa futuri scontati in base al costo marginale dei prestiti o al costo del capitale per

Ripercorrendo la giurisprudenza in materia di MEIP, va escluso che l'intervento delle autorità pubbliche nel capitale di un'impresa, sotto qualsiasi forma, abbia natura di aiuto di Stato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 107 TFUE, se risulta che, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili a quelle degli enti che gestiscono il settore pubblico avrebbe effettuato conferimenti di capitali di simile entità, tenuto conto in particolare delle informazioni disponibili e degli sviluppi prevedibili alla data dei detti conferimenti. In altre parole, per stabilire se lo Stato abbia adottato o no il comportamento di un investitore avveduto in un'economia di mercato, occorre porsi nel contesto dell'epoca in cui sono state adottate le misure di sostegno finanziario, al fine di valutare la razionalità economica del comportamento dello Stato, e astenersi da qualsiasi valutazione fondata su una situazione successiva³⁵¹.

Secondo la giurisprudenza, si è invece in presenza di un aiuto di Stato qualora l'intervento in questione – anche se, in ipotesi, “*destinato ad investimenti produttivi*”³⁵² – prescinda da

l'impresa”: Orientamenti aviazione, nota 28), che spetteranno all'investitore in forma di dividendi e/o di incrementi di capitale, debitamente corretti per tener conto del rischio, è “superiore al costo del nuovo apporto”.

³⁵¹ Sentenza della Corte 16 maggio 2002, *Francia/Commissione* (“*Stardust Marine*”), causa C-482/99, Racc. pag. I-4397, punti 68, 70 e 71. La Corte ha concluso che la Commissione aveva fatto un'erronea applicazione del MEIP in quanto la decisione controversa, annullata, non recava alcuna indicazione relativa al carattere avveduto o meno delle misure di finanziamento in esame nel contesto dell'epoca, sulla base degli elementi disponibili in ciascuno degli anni rilevanti, che tenesse conto, in particolare, della situazione finanziaria della Stardust, della sua posizione sul mercato in quanto società in fase di avvio, nonché delle prospettive di evoluzione di tale mercato.

³⁵² Sent. 3 ottobre 1991, *Italia/Commissione* (“*Alumina e Comsal*”), causa C-261/89, Racc. pag. I-4437, punto 9.

qualsiasi prospettiva di redditività, anche a lungo termine, e pertanto un ipotetico investitore privato non lo avrebbe avviato³⁵³.

La Corte ha anche chiarito che il comportamento dell'ipotetico investitore privato, al quale dev'essere raffrontato l'intervento dell'investitore pubblico, non è necessariamente quello del comune investitore che colloca capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, potendo esso corrispondere anche a quello di una *holding* privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidata da prospettive di redditività a più lungo termine³⁵⁴.

Per quanto riguarda più specificamente l'ipotesi della *costituzione di una nuova impresa* con la partecipazione di uno o più partner privati, la Commissione esclude la sussistenza di un aiuto qualora constati che risultano soddisfatte le condizioni seguenti:

i) l'investimento degli operatori privati ha un rilevanza economica effettiva;

ii) l'investimento è effettuato da tutte le parti contemporaneamente;

iii) le condizioni dell'investimento sono identiche per tutti gli azionisti;

iv) non sussistono altri rapporti tra lo Stato, gli investitori privati e il beneficiario al di fuori dell'investimento in questione,

³⁵³ Come nel caso di un conferimento di capitale pubblico a favore di imprese fortemente indebitate (in misura ben superiore al fatturato) e che avevano subito perdite continue e rilevanti durante il periodo immediatamente precedente [sent. *Italia/Commissione* ("*Aluminia e Comsal*"), cit., punti 10-14]); ovvero nel caso di un conferimento di capitale pubblico destinato soltanto, in assenza di un piano di ristrutturazione dell'impresa beneficiaria in perdita, ad azzerare i suoi debiti per assicurarne la sopravvivenza [sent. 21 marzo 1991, *Italia/Commissione* ("*Alfa Romeo*"), causa C-305/89, Racc. pag. I-1603, punto 22]

³⁵⁴ Sent. 14 settembre 1994, *Spagna/Commissione*, causa C-42/93, Racc. pag. I-1475, punti 12-14.

tali da far dubitare che la semplice parità delle condizioni di investimento sia sufficiente ad assicurare il rispetto del MEIP, e

v) il piano aziendale della società di nuova costituzione appare solido e tale da rendere credibile un rapporto vantaggioso tra i rischi inerenti all'investimento e il prevedibile ritorno dello stesso³⁵⁵.

Soffermandosi ulteriormente su tali requisiti, merita rilevare che il riferimento alla *rilevanza economica effettiva della partecipazione privata* all'investimento complessivo e all'*analogia delle condizioni* alle quali l'investimento privato e quello pubblico devono essere effettuati (*sub i) e iii)*), dev'essere valutata in termini sia assoluti sia relativi. Ne consegue che l'investimento privato deve rappresentare una porzione significativa dell'investimento totale e, allo stesso tempo, costituire un apporto rilevante in relazione alla potenza finanziaria del singolo investitore. La condizione risulta indubbiamente soddisfatta nel caso in cui l'investimento sia sostenuto equamente dalle parti pubblica e privata (50-50%), ma un simile rapporto non costituisce un requisito indispensabile per escludere che il MEIP sia rispettato. La Commissione si è infatti più volte pronunciata nel senso della conformità al MEIP di acquisizioni da parte di privati di partecipazioni al capitale minoritarie,³⁵⁶ nella misura in cui gli altri criteri risultavano soddisfatti.

³⁵⁵ *Ex multis*, decisione C 53/06 (ex N 262/05) “*Paesi Bassi (Citynet Amsterdam)*”, par. 89; nonché le decisioni EC/2006/621, “*on the State aid implemented by France for France Télécom*” (GU L 257, 20.9.2006, pp. 11-67) e la Comunicazione della Commissione 93/C 307/03 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CEE alle imprese pubbliche nel settore industriale (GU C 307, 13.11.1993, p. 3, par. 2). Sul punto, vedi anche Norbert Gaál, Lambros Papadias and Alexander Riedl, *Citynet Amsterdam: an application of the Market Economy Investor Principle in the electronic communications sector*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008/1.

³⁵⁶ Cfr. le decisioni della Commissione del 17.8.2000, N 233/2000 “*Italia (Terme di Castrocaro S.p.A.)*”, in cui la partecipazione privata all'investimento era pari al 36%; e del 13.3.2000, N 132/99 “*Italia (Parco*

Nell'ambito della costituzione di una società a partecipazione pubblico-privata, attiva nello sviluppo delle infrastrutture necessarie alla realizzazione di nuove reti di accesso, si può quindi prevedere che il conferimento da parte del *partner* tecnologico delle proprie infrastrutture di accesso (cavidotti e fibra) o del loro diritto di utilizzo possa essere qualificato, nel quadro dell'investimento complessivo, un apporto di significativa rilevanza economica sia in termini assoluti che in termini relativi, pur non dovendosi necessariamente giungere ad un valore pari al 50% del valore totale. Inoltre, le quote di partecipazione nella società veicolo dovranno riflettere le percentuali del contributo delle parti nell'investimento; analoga ripartizione dovrà essere rispettata anche nelle previsioni relative alla divisione degli utili o all'attribuzione dei diritti di voto e altri diritti sociali.

Con riferimento alla condizione *sub ii)* relativa alla simultaneità degli investimenti pubblico e privato, essa può dirsi soddisfatta anche in presenza di pre-investimenti a carico della sola parte pubblica, purché siano di entità limitata e sia prevista una ripartizione successiva di tali oneri tra tutti gli investitori coinvolti. Nella specie, il rispetto del MEIP non sarebbe dunque escluso nel caso in cui, ad esempio, in via preliminare, l'ente pubblico proceda ad effettuare studi di fattibilità in vista della costituzione della società e della costruzione della rete, a fronte di un successivo rimborso della parte privata (proporzionale alla propria quota nell'investimento) delle spese di pianificazione eventualmente sostenute.

Navi S.p.A.)”, in cui l'intervento in questione prevedeva l'acquisto da parte del privato di una partecipazione di minoranza del 42%. V. anche “*Citynet Amsterdam*”, cit., in cui l'apporto degli investitori privati era pari al 33%, mentre il resto dell'investimento proveniva direttamente o indirettamente da risorse pubbliche.

Da ultimo, la Commissione mostra di attribuire grande rilevanza, nella valutazione del rispetto del MEIP nei casi di costituzione di una nuova società mista, alla solidità del suo *business plan* (*sub v) supra*). A tal fine, il documento di pianificazione dovrà essere predisposto in maniera accurata, giustificando fondatamente le credibili probabilità di un ritorno dell'investimento nel lungo termine per l'ente investitore, sì da giustificare l'investimento anche per un ipotetico operatore di mercato che agisca sulla base di mere considerazioni commerciali³⁵⁷.

A tale proposito, l'eventuale previsione dell'uscita dell'ente pubblico dall'azionariato della società mista, a una data predeterminata *ex ante*, costituirebbe oggetto di scrutinio rigoroso. Tempi e modalità di tale uscita dovrebbero comunque essere tali da consentire all'investitore pubblico un adeguato profitto a fronte dell'ingente investimento realizzato, fermo restando che anche la vendita della partecipazione della PAT dovrà aver luogo a condizioni di mercato³⁵⁸.

³⁵⁷ E' pertanto verosimile che, in caso di notifica, la Commissione procederebbe ad analizzare in dettaglio gli indicatori finanziari, il tasso di penetrazione, i prezzi praticabili per lo sfruttamento dell'infrastruttura, i costi dell'investimento nonché il valore residuo della rete (cfr. la decisione "*Citynet Amsterdam*", *sup. cit.*).

³⁵⁸ Cfr., ad esempio, la decisione 14.10.2004, N 342/2004 "*Italia (Sviluppo Italia S.p.A./Valle del Leo S.p.A.)*", concernente la sottoscrizione di un prestito obbligazionario convertibile e l'acquisizione di una partecipazione di minoranza (20%, con un investimento di € 1.500.000) da parte di Sviluppo Italia nella società Valle del Leo; per l'intervento di Sviluppo Italia era prevista una durata limitata (2005-2010), con la previsione di un meccanismo di garanzia (mandato a vendere o pegno) per assicurare il riacquisto della partecipazione detenuta da Sviluppo Italia da parte degli azionisti privati di maggioranza ("*La partecipazione sarà temporanea. È previsto un sistema di way-out che consiste nell'esercizio di una put option da parte di Sviluppo Italia e nella concessione di una call option ai soci di maggioranza, assoggettate alle condizioni descritte di seguito. [La put option] è esercitabile da parte di Sviluppo Italia dal 1° gennaio 2010 al 31 dicembre dello stesso anno, mediante il riacquisto della partecipazione da parte dei soci di maggioranza, ad un valore parametrato al patrimonio netto certificato alla fine del quinto anno di permanenza di Sviluppo Italia nel capitale di Valle del*").

La Commissione ha, poi, avuto modo di precisare come, a determinate condizioni, gli aiuti di Stato possano rappresentare strumenti efficaci per realizzare obiettivi di interesse economico generale. In particolare, con il sostegno statale è possibile adottare misure correttive finalizzate a correggere i fallimenti del mercato, a migliorare il funzionamento dei mercati, nonché a rafforzare la competitività.

In particolare, un intervento pubblico finalizzato allo sviluppo e al rafforzamento della banda larga ed ultra larga potrebbe favorire la riduzione del “divario digitale” tra le diverse aree, andando a incidere sulla situazione di sottosviluppo presente in talune zone marginali di un territorio.

Ciò, peraltro, si inserisce nel contesto delle politiche comunitarie relative ai fondi strutturali. Ai fini del perseguimento di una comune politica di digitalizzazione delle aree territoriali arretrate, è previsto lo stanziamento di specifici fondi europei e nazionali³⁵⁹.

Tra questi, degno di rilievo è lo stanziamento di fondi nazionali mediante il Fondo Aree Sottoutilizzate (FAS), previsto

Leo. Il valore di riacquisto sarà compreso tra un floor, pari al valore di esborso maggiorato di interessi calcolati all'Euribor 6 mesi + 2%, ed un cap, pari al valore di esborso maggiorato di interessi calcolati all'Euribor 6 mesi + 5,5% (attualmente il 7,7% circa). Le autorità italiane hanno garantito che il floor non sarà mai inferiore al tasso di riferimento UE (attualmente il 4,43% per il 2004). Questi tassi risultano coerenti con il tasso di rendimento interno (IRR) previsto, corrispondente a circa il 5,3% annuo. [La call option] è esercitabile da parte dei soci di maggioranza dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre dello stesso anno, ad un prezzo pari al valore di esborso di Sviluppo Italia maggiorato dell'Euribor 6 mesi + 5,5 punti percentuali”.

³⁵⁹ Cfr. l'art. 1, par. 2, del Regolamento CE 473/2009/CE, che definisce le modalità di impiego dei fondi sul sostegno allo sviluppo rurale, nell'ambito del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (“FEASR”). Vedi, al riguardo, anche la Commissione europea, *Agenda digitale: le ricadute pratiche delle misure adottate dalla Commissione per diffondere la banda larga veloce e ultraveloce in Europa*, comunicato stampa, MEMO/10/426, Bruxelles, 20.9.2010.

dalla legge n. 433 del 21.12.2001, finalizzati alla realizzazione di interventi nelle aree sottoutilizzate³⁶⁰.

Tali disponibilità dovranno essere veicolate attraverso una politica regionale nazionale che assicuri da un lato, l'equa ripartizione dei fondi in maniera proporzionale alle necessità delle varie aree dall'altro, un adeguato impulso all'attuazione degli interventi strutturali mediante l'inserimento degli stessi in programmazione e la compartecipazione con fondi privati.

A tal fine un ruolo particolarmente incisivo dovrebbe essere ricoperto dagli accordi di programma quadro come strumenti attuativi delle Intese istituzionali di programma.

Nell'ambito del proprio accordo di programma, le Regioni potranno indicare gli interventi da attuare e le risorse finanziarie occorrenti con la specifica previsione delle risorse reperite da fondi privati mediante gli strumenti di partenariato pubblico-privato.

Sarà, poi, compito degli enti locali territoriali bandire gli avvisi e le gare per la ricerca di *partner* privati. Al riguardo, è opportuno evidenziare che per evitare un'eccessiva parcellizzazione delle reti locali sarebbe consigliabile creare degli ambiti territoriali di riferimento per consociare – mediante protocolli d'intesa – più enti facenti parte del medesimo ambito territoriale.

La Commissione, peraltro, ha provveduto alla valutazione circa la compatibilità dei progetti pubblici con i principi normativi, prestando maggiormente attenzione all'area territoriale su cui insistono i progetti medesimi.

In particolare, la Commissione ha distinto tra vari tipi di aree potenzialmente interessate in funzione del livello di

³⁶⁰ Attuato con delibera CIPE n. 121/2001 del 21.12.2001, con cui vengono definiti i piani di investimenti ripartiti in base agli operatori coinvolti, successivamente rimodulati con delibera CIPE n. 17/2003, del 9.5.2003.

connessione a banda larga già disponibile, individuando aree in cui operano almeno due fornitori di servizi di rete a banda larga, ossia le c.d. *aree nere*, dove l'intervento statale non appare necessario; aree in cui mancano del tutto le infrastrutture a banda larga e non si prevede verranno sviluppate nel medio termine, dette anche *aree bianche*, dove l'intervento pubblico rappresenta uno strumento in grado di promuovere la coesione economica e sociale territoriale e di correggere i fallimenti del mercato³⁶¹; ed, infine, le *aree grigie* caratterizzate dalla presenza di un unico operatore di rete a banda larga, per le quali la Commissione precisa che è necessaria una approfondita analisi volta ad accertare se l'aiuto sia necessario a causa di un fallimento del mercato o di altre circostanze particolari prevedendo, quindi, un'attenta valutazione della compatibilità³⁶².

La suddivisione del territorio in aree caratterizzate da un diverso grado di copertura infrastrutturale e da diversa accessibilità all'offerta di servizi a banda larga e larghissima,

³⁶¹ Si tratta di aree momentaneamente sprovviste di reti NGA nelle quali è improbabile che nel futuro prossimo (successivi 3 anni) operatori privati provvederanno a crearle. In queste aree i servizi a banda larga possono essere: i) assenti, ii) erogati da un solo fornitore, iii) erogati da una pluralità di fornitori. In queste aree per essere legittimo un aiuto deve rispettare le seguenti due condizioni: (a) i servizi a banda larga esistenti non siano in grado di soddisfare pienamente la domanda di utenti residenziali e commerciali dell'area; (b) tale obiettivo non possa essere raggiunto tramite regolazione *ex ante* (Orientamenti, par. 43).

³⁶² Cfr. gli Orientamenti, parr. 41-46, che riprendono una modulazione dell'intervento pubblico basata su *cluster* geografici già invalsa nella prassi della Commissione (cfr. Papadias, Riedl e Westerhof, *Public funding for broadband networks*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2006, pag. 13). Nella specie, gli investimenti in banda larga si inseriscono nello spirito della strategia di Lisbona sulla promozione della crescita europea: “L'importanza strategica della banda larga consiste nella sua capacità di accelerare il contributo di queste tecnologie alla crescita e all'innovazione in tutti i comparti economici nonché alla coesione sociale e regionale.[...] Il piano di ripresa intende, in particolare, dare impulso agli investimenti europei in determinati settori strategici, tra cui quello della banda larga, in modo da sostenere l'economia nel breve termine e creare, nel lungo termine, le infrastrutture essenziali per una crescita economica sostenibile.”

necessariamente, però, richiede l'attuazione di una specifica analisi di compatibilità di eventuali forme di cooperazione pubblico-privato al fine di consentire anche un'adeguata pianificazione degli investimenti.

Infatti, le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato riconoscono la possibilità di forme di collaborazione tra operatori pubblici e privati proprio al fine di contribuire allo sviluppo economico delle aree interessate ed alla coesione sociale, senza, però, alterare le regole tipiche di un mercato competitivo.

Tuttavia, tale eventualità è circondata da cautele procedurali e dalla necessità di un'analisi sostanziale approfondita, al fine di fugare il rischio, presente in special modo nelle cd. aree grigie, di spiazzamento e distorsione della concorrenza. In particolare, modo, la Commissione mostra di prestare particolare attenzione ai seguenti elementi:

- la mappatura dettagliata della copertura delle reti esistenti;
- l'aggiudicazione mediante una gara di appalto a procedura aperta, in presenza della quale i partecipanti ricevono un trattamento equo e non discriminatorio;
- l'adozione di un adeguato criterio di selezione delle offerte, quale quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo da limitare in sede di competizione *per* il mercato il livello del sussidio verso il basso;
- l'orientamento del progetto secondo il principio di neutralità tecnologica, senza penalizzare alcuna delle possibili infrastrutture attraverso le quali i servizi a banda larga possono essere offerti e lasciando la relativa scelta alle imprese partecipanti³⁶³;

³⁶³ Naturalmente, qualora esigenze oggettive, connesse alla concreta natura del servizio richiedono l'adozione di una particolare tecnologia,

- imporre restrizioni all'utilizzo dell'infrastruttura, *sub specie* di (i) obblighi di concedere accesso alla infrastruttura sovvenzionata ai terzi richiedenti, a condizioni eque e non discriminatorie³⁶⁴ e (ii) controllo dei prezzi all'ingrosso praticati dal gestore dell'infrastruttura nei confronti degli operatori terzi richiedenti l'accesso³⁶⁵;

- previsione di meccanismi di rimborso in corso di esecuzione, per eliminare la presenza di eventuali sovra compensazioni, che possono costituire illegittimi aiuti di Stato.

Così inquadrata, le iniziative di PPP possono apportare concreti benefici in termini di rischio, di costi, nonché di stabilità del progetto a lungo tempo, minimizzando l'impatto anti-concorrenziale collegato alla presenza dell'investitore pubblico. In tal modo, sembra che il ricorso a forme di cooperazione tra pubblico e privato consentirebbe di predisporre infrastrutture di rete nei casi in cui i costi particolarmente ingenti non potrebbero essere sostenuti dal solo operatore privato.

Si potrebbe addirittura considerare indispensabile, poi, l'intervento pubblico alla presenza di un fallimento del mercato, in quanto necessario sia nella promozione che nello stimolo dei progetti, sia nel coordinamento degli stessi, considerato che in tali

quest'ultima assumerà il ruolo di tecnologia necessaria per conseguire gli obiettivi del progetto (vedi, ad esempio, il caso N222/2006, *Italia –Piano di azione per il superamento del digital divide in Sardegna*, par. 45). Allo stesso modo, qualora siano presenti infrastrutture esistenti, può essere opportuno prevedere che le offerte si basino su queste ultime, al fine di evitare una duplicazione delle stesse.

³⁶⁴ Si tratta di un “*elemento essenziale*”, per la valutazione della compatibilità del progetto: il carattere aperto della rete evita effetti di *foreclosure*, stimolando una concorrenza basata sui servizi offerti al consumatore finale. La Commissione mostra di ritenere adeguato un regime di accesso di durata pari ad almeno sette anni (cfr. Orientamenti, par. 51, lett. f).

³⁶⁵ Ciò dovrebbe avvenire in base ad un meccanismo di parametrizzazione rispetto ai prezzi medi praticati in altre aree comparabili o su quelli praticati dalla autorità di regolazione. Si tratta di una importante garanzia diretta a limitare fenomeni di comportamenti anticoncorrenziali basati sui prezzi, quali predatorialità e compressione dei margini.

ipotesi è inevitabile la sussistenza di uno scarso interesse dei privati ad intervenire.

Inoltre, la distribuzione delle competenze tra i partner pubblico-privato, consentirebbe al soggetto pubblico di realizzare un'opera e di offrire un servizio pubblico o di pubblica utilità attraverso lo sfruttamento delle capacità di gestione e delle efficienze proprie del settore privato, nonché attraverso la razionalizzazione della spesa pubblica.

D'altronde, la previsione di un modello di PPP che preveda al privato il compito operativo di gestione dell'infrastruttura può rimediare ad alcune circostanze di attrito tra interessi pubblici e privati, nel perseguimento del massimo beneficio per la collettività. Infatti, spesso i manager pubblici, perlopiù influenzati da legami od interessi politici, potrebbero non agire per la realizzazione dell'interesse generale. Quando, poi, la cooperazione preveda una gestione pubblica del progetto, il manager potrebbe non essere incentivato ad intervenire per una riduzione dei costi o per una maggiore qualità del servizio reso.

Il PPP potrebbe, quindi, contemperare tipiche esigenze contrapposte: da un lato, la gestione privata mirerebbe unicamente a contenere i costi della gestione anche a discapito della qualità del servizio reso, per cui quando questa è un aspetto determinante del servizio l'offerta pubblica appare la soluzione preferibile; dall'altro, se l'aspetto essenziale dell'attività è l'innovazione, la tendenza eccessiva a ridurre i costi può essere controllata attraverso il meccanismo della concorrenza o attraverso meccanismi contrattuali e la scelta più efficiente per l'offerta del servizio pubblico si rivela quella della fornitura affidata a privati.

Tuttavia, oltre ad una valutazione doverosa ed iniziale diretta a stabilire la necessità o meno di ricorrere a forme di PPP, come si è avuto modo di specificare già in precedenza, altro

aspetto che necessariamente va rilevato è la molteplicità dei modelli di cooperazione tra pubblico e privato, per cui nella realtà concreta sarà anzitutto importante effettuare uno studio di fattibilità che analizzi le caratteristiche del mercato e del territorio nel quale si interviene.

Successivamente, poi, è importante stabilire se la realizzazione e la gestione dell'opera debba essere affidata ad un unico soggetto tramite gara oppure debba essere affidata a due soggetti distinti mediante due differenti procedure competitive.

Inoltre, in alcuni casi la cooperazione tra pubblico e privato potrebbe attuarsi attraverso la condivisione dell'investimento, che generalmente incide sugli assetti azionari delle società miste titolari dell'infrastruttura.

Solitamente, poi, la gestione dell'opera realizzata viene affidata ai soggetti privati, attraverso apposita concessione, che è attribuita mediante procedure competitive aperte e fondate sul principio della trasparenza.

In tal modo, gli operatori privati possono liberamente concorrere sul mercato senza lasciare molto spazio al soggetto pubblico, rendendo indubbiamente più efficiente la gestione.

Tuttavia, come sopra visto, tale modalità di gestione dell'opera pubblica inevitabilmente determina una sorta di "*monopolio di fatto*", per cui spesso con l'attribuzione della concessione sono previsti anche obblighi di non discriminazione per il concessionario ed apposite condizioni riguardanti l'accesso e la regolazione delle tariffe.

L'imposizione degli obblighi solitamente avviene mediante lo strumento contrattuale della convenzione al fine di assicurare un adeguato livello di certezza regolatoria.

Non sempre, però, l'imposizione degli obblighi *ex ante* offre particolari garanzie di stabilità, dato che spesso si tratta di

regole introdotte da un'altra autorità pubblica e dato che possono essere previste anche da un ente locale, il che creerebbe una situazione di disomogeneità tale da incidere sugli incentivi ad investire ed a partecipare ai progetti da parte degli operatori privati.

Tuttavia, tali rischi potrebbero essere annullati attraverso la previsione, nella convenzione che disciplina il rapporto, di un potere di controllo da parte di un regolatore sugli eventuali obblighi regolatori inseriti.

Altro aspetto di rilievo nell'ambito della predisposizione di modelli PPP per il finanziamento di infrastrutture di banda larga è relativo al ruolo del privato nella procedura propria della finanza di progetto, di recente modificata con il d. lgs. n.152 del 2008. Come visto *supra*, l'attuale procedura del PF prevede due procedure alternative per la scelta del concessionario, ossia una procedura a "gara unica"³⁶⁶ oppure una procedura di aggiudicazione bifasica³⁶⁷.

³⁶⁶ In tale ipotesi, l'amministrazione pone uno studio di fattibilità a base di una gara finalizzata alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse private a carico dei soggetti proponenti. Lo studio di fattibilità è redatto dall'Amministrazione e ha ad oggetto opere inserite nella programmazione triennale e nell'elenco annuale dell'ente. Le caratteristiche di massima dell'opera sono descritte nel suddetto studio di fattibilità nonché nel disciplinare di gara che indica altresì l'ubicazione, la destinazione urbanistica, la consistenza e la tipologia di servizio da gestire in modo da favorire la presentazione di offerte con presupposti omogenei. I soggetti privati interessati alla concessione presentano le offerte che devono contenere un progetto preliminare, un piano economico-finanziario, una bozza di convenzione e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Si noti come in questa procedura al soggetto privato è demandata gran parte dell'attività progettuale rimanendo in capo all'amministrazione la sola scelta della programmazione e definizione del progetto di massima. L'amministrazione prende in esame le proposte pervenute e redige una graduatoria in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il soggetto che ha presentato la migliore offerta è nominato promotore. Al fine di un maggior contemperamento degli interessi nonché di una più forte collaborazione tra le due sfere pubblica e privata, è prevista la possibilità per l'amministrazione di richiedere al promotore prescelto modifiche al progetto preliminare e relativi adeguamenti del piano economico-finanziario. Solo dopo l'accettazione da parte del promotore delle modifiche proposte,

In tali circostanze, il soggetto privato potrebbe proporre all'amministrazione delle opere, anche sulla base di una apposita programmazione, assumendo, così, il ruolo di propulsore nella realizzazione di opere.

Queste modalità rendono il project finance uno strumento piuttosto vantaggioso per la realizzazione di opere tecnologicamente avanzate, considerata la probabile inidoneità dell'amministrazione pubblica a elaborare complessi piani economici-finanziari e progetti preliminari da mettere in gara.

L'affidamento, poi, della fase progettuale al soggetto privato implica che tal tipo di "promozione" delle iniziative favorisca un processo di minimizzazione dei costi di realizzazione, e quindi, la realizzazione di progetti economicamente più sostenibili e fattibili.

l'amministrazione aggiudica la concessione. Qualora, in alternativa, il promotore non accetti le modifiche proposte, l'amministrazione ha facoltà di richiedere le modifiche ai concorrenti successivi in graduatoria alle stesse condizioni proposte al promotore. In caso di accettazione da parte del concorrente, l'amministrazione aggiudica a concessione quest'ultimo.

³⁶⁷ L'art. 153, comma 15, del Codice dei contratti prevede la possibilità di ricorrere ad una procedura di aggiudicazione bifasica che vede il promotore, ovvero il soggetto vincitore della prima fase, in posizione di vantaggio rispetto agli altri concorrenti in forza del c.d. diritto di prelazione. In tal caso, l'amministrazione mediante bando seleziona la migliore offerta attribuendo al proponente la qualifica di promotore. Successivamente, il progetto preliminare risultato migliore è approvato dall'amministrazione – dopo aver richiesto eventualmente delle modifiche allo stesso al promotore – ed è posto a base di una seconda gara indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Qualora, poi, non ci siano offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo. Nel caso invece ci siano altre offerte giudicate migliori, il promotore ha facoltà di adeguare la propria offerta a quella giudicata economicamente più vantaggiosa aggiudicandosi il contratto. In caso contrario, la concessione è aggiudicata al migliore offerente. L'aggiudicatario ha facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto che diventa la concessionaria subentrante nel rapporto di concessione. La società di progetto diventa così il centro d'imputazione di tutte le obbligazioni finanziarie e tecniche nella realizzazione e gestione dell'opera.

Tuttavia, considerata la complessità della procedura, tra gli aspetti negativi non può non menzionarsi il rischio del dilatarsi dei tempi.

Ne deriva, dunque, l'utilità del PF al fine di condividere sinergicamente le competenze necessarie per un progetto di diffusione della banda larga ed ultra larga.

L'ulteriore modalità di coinvolgimento di soggetti pubblici e privati, rappresentata dalla costituzione di organismi partecipati da enti pubblici ed imprese private, ossia la costituzione di società miste, può invero apparire preferibile. Ciò, in particolare, avviene quando sia necessario prevedere competenze di controllo nell'erogazione del servizio all'operatore pubblico, avvalendosi, nel contempo, delle capacità gestionali ed organizzative del soggetto privato.

Non a caso, questa forma di collaborazione risulta essere utilizzata soprattutto nell'ambito dei servizi pubblici locali, in quanto obiettivo principale, in tal ipotesi, è il soddisfacimento dell'interesse pubblico anche a discapito della redditività. Portato naturale di tali considerazioni è la costituzione di una società mista fra ente locale ed operatori di telecomunicazioni al fine di intervenire in quelle aree dove è più forte il *digital divide*³⁶⁸.

3.4.3. Il progetto di costituzione di una società mista pubblico-privata per la costruzione di reti NGN in Italia.

Nel corso del 2010, si è sviluppato un intenso dibattito tra attori privati e istituzionali, al fine di individuare le forme più

³⁶⁸ Peraltro, si è rilevato come il perseguimento degli interessi pubblici potrebbe comportare uno scarso *appeal* economico-finanziario che probabilmente determinerebbe sottoinvestimenti del settore privato. Inoltre, la coesistenza di diversi centri decisionali potrebbe comportare limitazioni nella gestione della società, specie per quel che concerne lo sviluppo strategico. Cfr.

appropriate per realizzare un intervento deciso verso l'ammodernamento della rete e lo sviluppo di infrastrutture NGN.

Tale azione, come si è rilevato *supra*, si pone nel solco di una coerente e costante attenzione delle istituzioni europee verso l'utilizzo di strumenti di PPP, quale risorsa chiave per colmare il ritardo digitale esistente nei Paesi europei³⁶⁹.

L'iniziativa in oggetto, denominata "Italia digitale", si propone l'obiettivo di raggiungere una copertura in fibra ottica del 50% della popolazione italiana³⁷⁰, attraverso la costituzione di una società veicolo cui verrà attribuito il compito di realizzare un'infrastruttura passiva, neutrale, aperta, economica.

Infatti, il Ministero dello sviluppo economico e i principali operatori di telecomunicazioni³⁷¹ hanno siglato un'intesa, il c.d. "Memorandum of Understanding" ("MOU") che rappresenta la base di una forma di cooperazione pubblico-privato per la realizzazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo delle reti

³⁶⁹ Nella comunicazione "European Broadband: investing in digitally driven growth", *cit. sup.*, la Commissione constata con favore che "le autorità locali e regionali stanno via via esplorando modalità di finanziamento alternative, come i partenariati pubblico-privati (PPP), per finanziare le infrastrutture per la banda larga. Si tratta di soluzioni che mirano a ottimizzare le sinergie derivanti dalla combinazione di risorse finanziarie del settore pubblico e del settore privato e delle loro rispettive competenze in materia di regolamentazione e di investimenti basati sul rischio".

³⁷⁰ Ciò si fonda sull'esplicito e ormai consolidato riconoscimento dell'importanza strategica della banda larga per la crescita europea e si pone nel perseguimento dell'ambizioso obiettivo posto dalla Commissione europea, per cui entro il 2020 tutti gli utenti domestici europei possano attivare servizi di connettività ad almeno 30 Mbps e di cui almeno il 50 per cento sia abbonato a servizi con velocità superiore a 100 Mbps (cfr. la Comunicazione della Commissione n. 245/ 2010 "Un'agenda digitale europea"; nello stesso senso, v. anche la Comunicazione n. 472/2010 "Investing in digitally driven growth", *cit. sup.*

³⁷¹ Si tratta di BT, Fastweb, H3g, Telecom Italia, Tiscali, Vodafone, Wind.

NGN³⁷². Per quanto promosso dal Governo e dagli operatori del settore, il progetto si propone altresì di coinvolgere Regioni, Enti Locali ed Istituzioni Finanziarie Pubbliche e Private.

Il principale compito di tali soggetti è di *“condividere la pianificazione ed erogazione degli investimenti necessari per la realizzazione delle Infrastrutture passive per le NGN in aree da individuare”* (si tratta di opere civili di posa, cavi in fibra spenta, canalizzazioni verticali negli edifici e locali per la terminazione delle fibre ottiche). Il progetto s’ispira esplicitamente ai principi di *“neutralità, apertura, efficienza ed espandibilità”* della nuova rete e individua inoltre nell’art. 1 della legge 69 del 2009, un referente normativo nazionale che mira a favorire il processo di digitalizzazione del Paese *“tramite lo sviluppo concomitante di Contenuti, Servizi, Alfabetizzazione ed Infrastrutture Digitali”*.

Il progetto si colloca, inoltre, nell’ambito del quadro regolamentare sopra illustrato. Infatti, non solo mostra di tenere in massima considerazione il ruolo che l’AgCom rivestirà nella valutazione delle regole della *partnership*³⁷³, ma anche di rispettare il *“principio di riferimento”* affermato dalla

³⁷² L’accordo è stato annunciato al pubblico in data 10.11.2010 (cfr. “Ngn, gli operatori si uniscono. Una società per la nuova rete”, *La Repubblica*, 10.11.2010). Il testo firmato dalle parti è disponibile alla pagina internet: www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/banda_ultralarga/MOU_20101110.pdf.

³⁷³ L’Autorità ha infatti richiamato gli operatori del mercato ad adottare una *“iniziativa complessiva, un progetto Italia per una Fiber Nation che eviti costose duplicazioni di infrastrutture civili e faccia fare al Paese il salto di qualità di cui ha bisogno”* (AgCom, *Relazione Annuale 2010*, 6.7.2010, Roma). Inoltre, anche l’AGCM ha mostrato di prestare una particolare attenzione ai nuovi sviluppi e, in particolare, ha rilevato che *“La dimensione degli investimenti richiede l’intervento di più soggetti privati e di società pubbliche che ritengano profittevole la spesa. Per tale ragione l’Autorità non è pregiudizialmente contraria a ipotesi di cooperazione tra imprese rivali, purché siano garantite l’assenza di pratiche nocive per la concorrenza e la neutralità nella gestione della rete. Le regole di governance dovranno a tal fine essere valutate dall’Antitrust”* AGCM, *Relazione annuale 2009*, 31.3.2010, Roma, pag. 5).

Commissione europea, per cui “è opportuno che le [autorità nazionali di regolazione] rendano obbligatorio l'accesso disaggregato alla rete in fibra a prescindere dall'architettura della rete e dalla tecnologia impiegata dall'operatore SMP”³⁷⁴.

L'iniziativa ha l'obiettivo di unire le forze operative e finanziarie dei principali operatori al fine di realizzare il Piano di realizzazione di Infrastrutture passive comuni (nel seguito il “Piano”)³⁷⁵. In particolare, alla parte pubblica spetterà un ruolo di coordinamento dell'iniziativa e di monitoraggio dello sviluppo infrastrutturale raggiunto.

Peraltro, la forma organizzativa che la società assumerà è soltanto genericamente definita mediante il richiamo al “*principio di Partnership Pubblico Privata*”, che deve assicurare una “*sinergia con le infrastrutture esistenti*”. Dal MOU sono tuttavia evincibili i seguenti principi ai quali il costituendo PPP dovrà ispirarsi:

a) l'utilizzo di un veicolo societario che “*garantisca la gestione coordinata e unitaria degli investimenti mediante la cooperazione del Governo, delle Regioni, degli Enti locali, nonché degli Operatori di Telecomunicazioni firmatari del presente MOU*”;

b) l'individuazione selettiva delle aree specifiche sulle quali l'intervento si attuerà, operata secondo “*indici di natura socioeconomica e di densità abitativa, nonché delle infrastrutture*

³⁷⁴

Raccomandazione NGN, cit., par. 23.

³⁷⁵

Quest'ultimo è, peraltro, tuttora in via di definizione da parte del Ministero, il quale ha allo scopo avviato una consultazione pubblica (“*come atto propedeutico al Piano, ai sensi degli orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di stato (2009/C 235/04)*”) e in data 24 giugno 2010 ha istituito un tavolo di coordinamento presieduto dal Viceministro allo Sviluppo Economico, On. Paolo Romani, e comprendente gli Amministratori delegati dei più rilevanti operatori TLC. A valle, si è attivato un gruppo di lavoro tecnico per la condivisione dei principi e dei contenuti sui quali articolare il piano di infrastrutturazione oggetto del presente MOU.

esistenti avvalendosi dei dati forniti dalla consultazione pubblica” attivata dal Ministero³⁷⁶;

c) un rischio dell’investimento contenuto, giacchè il Piano riguarderà unicamente elementi di infrastruttura passiva (posa di cavi e fibre spente) e non la fase conseguente dell’attivazione e dell’offerta dei servizi finali agli utenti³⁷⁷.

Con specifico riguardo alla sostenibilità finanziaria del Piano – elemento, come si è visto, chiave nella valutazione dell’iniziativa di PPP alla luce delle regole di concorrenza europee – che si propone di assicurare un ritorno sul capitale investito, questa *“potrà essere favorit[a] da condivise politiche di migrazione ai sensi della raccomandazione relativa all’accesso regolamentato alle reti di nuova generazione del 20 settembre 2010 [C(2010) 6223]”*. Si tratta della possibilità – oggetto di discussione nell’ambito del quadro regolatorio in corso di definizione, *supra* considerato - di introdurre per gli utenti finali un obbligo di abbandonare completamente il doppino in rame, per adoperare unicamente la fibra ottica (*swith-off*), in modo tale da aumentare l’utilizzo e il ritorno economico della nuova infrastruttura³⁷⁸.

³⁷⁶ In particolare, su tali aree, gli interventi saranno attuati secondo il *“principio di sussidiarietà”*, come individuato dalla Commissione e sotteso all’enucleazione di zone bianche, grigie e nere dove sviluppare le NGA. Inoltre, tale principio eviterà *“inutili duplicazioni sulle infrastrutture di posa e dunque offrire opportunità per uno sviluppo più veloce e meno oneroso dei suddetti progetti attraverso la pianificazione parallela di piani operativi di sviluppo delle reti NGA”* (cfr. *Memorandum, cit.*)

³⁷⁷ Ciò implica che la remunerazione del capitale investito attesa dagli investitori (pubblici o privati) che sosterranno finanziariamente l’iniziativa sarà pari, nel medio-lungo termine, al ritorno sul capitale investito oltre che la restituzione dei finanziamenti ottenuti.

³⁷⁸ Interessante notare lo stretto collegamento tra i temi regolatori e i concreti contorni che l’iniziativa di PPP si propone di assumere. Significativo è che il Governo si impegni *“a definire un insieme di norme - in aggiunta a quelle già promosse e attualmente in vigore – per favorire l’implementazione della fibra sia nella parte orizzontale (infrastruttura nelle aree metropolitane)*

Infine, a conferma del carattere flessibile del Piano, sono previste forme di attuazione a livello regionale, come nell'ipotesi in cui: *“vengano costituite società a livello regionale (nelle quali sono presenti come azionisti le amministrazioni pubbliche locali)”*. In tal caso, il Governo sarà tenuto a *“assicurare il coordinamento del progetto che si svilupperà nei diversi territori, anche attraverso partecipazioni dirette da parte del veicolo e la sottoscrizione da parte delle Regioni del presente MOU”*.

A ben vedere, si tratta allo stato di semplici principi, che formano una cornice nell'ambito della quale le parti dovranno successivamente – e tenendo anche in considerazione lo sviluppo della regolamentazione - definire concretamente le modalità attuative del Piano. Ciò vale, in particolare, con riferimento all'individuazione di soluzioni tecniche e finanziarie: tanto il *business plan*, quanto le regole di *governance* devono ancora essere individuate.

A tal fine, il *Memorandum* dà atto che il modello infrastrutturale definito dal Gruppo di Lavoro Tecnico rappresenta *“la base per successive valutazioni tecnico-economiche di dettaglio indispensabili per arrivare a un accordo operativo sullo sviluppo delle Infrastrutture”*. Spetterà poi a un Comitato esecutivo (*“presieduto dalla parte pubblica al quale partecipano formalmente un rappresentante per ciascuno degli operatori firmatari che si obbligano a negoziare in buona fede i passaggi successivi”*) il compito di definire progressivamente tali aspetti³⁷⁹.

sia nel verticale (infrastruttura negli immobili) e per stimolare l'uso dei servizi digitali abilitati dalla nuova infrastruttura.”

³⁷⁹ A tal fine, si prevede che entro 3 mesi dalla firma del MOU, il Comitato Esecutivo definirà *“un piano completo di tutti gli aspetti tecnici, economici ed operativi - tra i quali il Piano tecnico, il modello di governance ed il business plan - che permettano di rendere operativo l'implementazione dell'infrastruttura passiva in oggetto”*. Lo stesso Comitato Esecutivo ha inoltre il compito di verificare *“la coerenza del Piano medesimo con la normativa europea e nazionale in materia di comunicazioni elettroniche, di*

3.4.4 *Un caso concreto di innovazione e trasformazione nella Provincia autonoma di Trento*

La Commissione Europea nella Comunicazione “*Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*”, intende promuovere la conoscenza e l'innovazione come strumenti per lo sviluppo dell'intera collettività ed, a tal fine, si è posta come obiettivo prioritario la diffusione delle nuove tecnologie finalizzate ad una più ampia diffusione dell'informazione e della comunicazione nei vari paesi europei.

In linea con l'orientamento comunitario poc'anzi esposto è il progetto predisposto ed in parte attuato dalla Provincia autonoma di Trento, che s'inserisce nel più ampio e complesso “*Programma di sviluppo provinciale per la XIV legislatura*” e diretto a stimolare lo sviluppo delle infrastrutture e dei servizi ITC³⁸⁰.

L'intento della provincia di Trento è quello di realizzare una rete di comunicazione elettronica attraverso la diffusione della banda larga ed ultralarga da porre a servizio delle amministrazioni provinciali, delle amministrazioni pubbliche locali, dell'azienda sanitaria, dell'università degli studi, degli istituti di ricerca locali, nonché delle imprese e del cittadino.

Il dipartimento ICT della Provincia autonoma di Trento ha ribadito che “*l'obiettivo è quello di trasformare il Trentino nel*

tutela della concorrenza e di aiuti di Stato, anche attraverso la richiesta di un parere alle Istituzioni competenti”. Il Comitato Esecutivo è stato, infine, istituito con decreto ministeriale 30.11.2010.

³⁸⁰ Il Programma, disponibile alla pagina internet della Provincia (http://www.giunta.provincia.tn.it/binary/pat_giunta_09/XIV_legislatura/PSP_per_la_XIV_legislatura.1269607442.pdf), si propone di “*promuovere uno sviluppo locale duraturo e sostenibile*” elaborando “*in un quadro organico e coerente, strategie e azioni innovative di natura strutturale*”.

*territorio dell'innovazione e permettere a tutti i cittadini ed alle imprese di trarne i benefici*³⁸¹.

Il progetto, che prevede l'attuazione di tre fasi, si caratterizza per il coinvolgimento dell'intervento privato, in particolare, di Telecom Italia che ha utilizzato il Trentino come area di sperimentazione della diffusione della fibra ottica a vantaggio dei singoli utenti, facendosi carico dell'investimento.

Inoltre, tale intervento si è ritenuto possibile perché in questa provincia esiste già un anello in fibra di circa 50 chilometri, che raggiunge 40 utenze pubbliche ed alcune imprese di notevole dimensioni³⁸².

Le fasi in cui si articolerà prevedono, in primo luogo, un intervento rapido per ridurre il *digital divide* di prima generazione, consentendo alla gran parte della popolazione un collegamento ad internet con velocità fino a 2 Mbps in modalità wireless su frequenza non licenziate³⁸³.

Quindi, entro il 2012, il programma prevede l'obiettivo di fornire al 100% della popolazione un accesso alla rete in grado di sostenere un collegamento con velocità almeno di 20 Mbps.

Infine, si dispone il passaggio ad una rete di accesso di nuova generazione, mediante la predisposizione di collegamenti in fibra ottica fino a casa dell'utente, dandosi come ulteriore obiettivo quello di rendere disponibile al 100% della popolazione e delle imprese del proprio territorio una rete a banda ultra-larga

³⁸¹ Fonte: *"Trento punta su Internet in tutte le case"*, *Corriere delle Comunicazioni*, 5.11.2010.

³⁸² Tale anello sarà oggetto di ulteriore sviluppo. Nel 2011 si prevede, infatti, il completamento di una dorsale di circa 770 chilometri. Fonte: *"Trento punta su Internet in tutte le case"*, *Corriere delle Comunicazioni*, 5.11.2010.

³⁸³ Fonte: *"Trento guarda avanti: la banda ultra.larga arriverà in tutte le case"*; *Finanza e Mercati*, 5.11.2010.

in fibra ottica entro il 2018 in esecuzione di quanto già previsto dagli artt. 19 e 19.1 della L.P. 15 dicembre 2004 n. 10.

L'ambizioso progetto, che necessita inevitabilmente un piano di investimento pluriennale, ha indotto la Provincia ad operare uno studio di pre-fattibilità al fine di individuare le opere di infrastruttura da realizzare ed i casi in cui sia possibile il riutilizzo delle infrastrutture preesistenti ed utilizzate per altri sotto-servizi (illuminazione pubblica, reti elettriche...).

Sulla base di detto studio, è emerso che la provincia di Trento si compone di aree a profittabilità medio-bassa e di aree sicuramente a bassa profittabilità (a fallimento di mercato) per cui, considerato l'interesse all'avvio del processo di digitalizzazione e l'interesse a ridurre i costi ed i tempi di sviluppo della rete NGA, l'unica soluzione effettivamente adottabile è riconducibile a forme di co-investimento, soprattutto, per le aree c.d. a media profittabilità.

Pertanto, la Provincia ha promosso la costituzione di una società a capitale misto pubblico-privato; nello specifico, la "NewCo" assumerà la forma di "S.r.l. uni personale" e, successivamente, sarà aperta alla partecipazione di altri operatori.

Nelle aree identificate come a bassa profittabilità, ovvero quelle soggette a divario digitale, nelle quali manca un reale interesse all'investimento da parte dell'operatore privato, la Provincia ha costituito la società Trentino Network, già impegnata nella realizzazione delle infrastrutture di rete.

La "NewCo" sarà a partecipazione maggioritaria della Provincia o comunque sottoposta ad influenza dominante della Provincia, almeno nella fase di infrastrutturazione, al fine di garantire il rispetto della prerogativa dell'intervento pubblico nel raggiungimento degli obiettivi prefissati (sia in termine di copertura del territorio sia delle tempistiche di realizzazione) e di

massimizzare la capacità di raccolta sul mercato delle risorse tecnico-economiche necessarie alla realizzazione del progetto.

Atteso che la costituzione della “Newco” tra Telecom Italia e Provincia autonoma di Trento consentirebbe a Telecom di partecipare a un investimento che essa non avrebbe effettuato da sola e di essere coinvolta nella creazione della prima rete a larghissima banda in Italia, la misura è stata notificata alla Commissione, la quale ha autorizzato l’intervento, ritenendolo compatibile con le norme in materia di aiuti di Stato³⁸⁴.

Di interesse è, inoltre, il parere espresso dall’AgCom nell’ambito del suddetto procedimento di autorizzazione dell’intervento.

Come previsto dagli Orientamenti, infatti, una delle condizioni di realizzabilità di investimenti infrastrutturali mediante il finanziamento pubblico è rappresentata dalla definizione delle regole che disciplinino l’accesso alla rete in via di realizzazione, *“chiedendo alle autorità nazionali di regolamentazione di approvare o stabilire le condizioni di accesso in forza della normativa comunitaria applicabile”*. Ciò, in particolare, consentirà agli Stati membri di *“garantire l’applicazione di condizioni di accesso uniformi o almeno molto simili su tutti i mercati della banda larga individuati dalla competente autorità nazionale di regolamentazione”*³⁸⁵.

L’AgCom, nel proprio parere, ha così proceduto a definire le condizioni di accesso alla rete dell’operatore beneficiario. Si tratta, allo stato, di una regolamentazione limitata al caso di specie

³⁸⁴ Cfr. la decisione della Commissione del 16.11.2010, N305/2010 *“Riduzione del divario digitale in Trentino”*.

³⁸⁵ Cfr. gli Orientamenti, cit., par. 79. Ciò è richiesto, si ricorda, per gli interventi che riguardino le aree cd. grigie, in cui esiste, sebbene in misura ridotta, un livello di investimento privato nella fornitura di accessi a banda larga (vedi *supra* par. 3.4.2).

e, condizionata alla definizione del quadro generale di disciplina dell'accesso alle reti NGN³⁸⁶. In particolare, l'infrastruttura realizzata – conformemente a quanto previsto dagli Orientamenti e dalla Raccomandazione NGN – dovrà essere accessibile anche agli operatori non aggiudicatari, mediante il diritto di utilizzo delle condotte e delle altre infrastrutture civili, al fine di accedere ai segmenti attivi e passivi della rete. A ciò si aggiunga, in linea con la Delibera AgCom n. 731/09/CONS, la previsione necessaria di forme di accesso *bitstream* alla rete.

3.5 Il finanziamento pubblico delle reti informatiche a banda larga e la disciplina degli aiuti di Stato: alcune conclusioni

Come osservato in precedenza, la tematica in esame relativa al finanziamento delle infrastrutture NGN e agli strumenti più appropriati, si pone sullo sfondo della disciplina della concorrenza e, in particolare, di quella relativa alle regole applicabili agli aiuti di Stato, presentando, inoltre, profili di sovrapposizione con la disciplina relativa all'esecuzione e agli appalti di opere pubbliche³⁸⁷.

In particolare, occorre precisare come, in linea di principio, il finanziamento pubblico di “*infrastrutture generali*” non costituisce una misura di sovvenzione statale, proibita ai sensi

³⁸⁶ Cfr., in merito al quadro regolatorio, le considerazioni sviluppate *supra* al par. 3.3.3

³⁸⁷ Si tratta della legislazione adottata a livello comunitario (e recepita a livello nazionale nel Codice dei Contratti Pubblici) per disciplinare l'acquisto di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni e che si fonda sulle regole relative alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento. Nello specifico, i testi chiave sono rappresentati dalla direttive CE 2004/18 e 2004/17. Cfr., al riguardo, Garofoli, Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/05*, Milano 2005.

degli art. 107(1) TFUE. Si tratta, infatti, di una misura che non conferisce un vantaggio specifico e diretto ad un particolare operatore³⁸⁸; ciò vale, nello specifico, nel caso in cui si tratti di una infrastruttura “*aperta a tutti i potenziali utilizzatori su base di parità e non discriminazione*”³⁸⁹.

³⁸⁸ Ci sono numerose sentenze delle Corti europee che hanno fatto luce sul significato di vantaggio economico nell’ambito dell’art. 107(1) TFUE. Gli interventi dello stato attraverso sussidi o misure equivalenti creano un vantaggio economico quando le imprese ricevono benefici gratuiti che non riceverebbero altrimenti in base alle normali condizioni di mercato (cfr. le sentenze *SFEI*, C-39/94 e *Linde*, T-98/00). I benefici cruciali in questo contesto sono quelli che procurano sgravi fiscali dai costi che normalmente dovrebbero derivare dalle imprese stesse. Questi costi sono “inerenti” alle loro attività economiche (sentenza *GEMO*, C-126/01) ed escludono le sovvenzioni ma includono le spese scaturite dalla conformità con le leggi, disposizioni ed obbligazioni contrattuali (v. la decisione della Commissione N2004/125 sullo sviluppo dei finanziamenti a Berlino). Lo sgravio di costi “anormali” causato dallo stato stesso non è una sovvenzione statale. Come spiegato dal CFI nel caso *Combust* (T-157/01), “*l’Articolo 87(1) proibisce meramente i vantaggi economici per alcune imprese ed il concetto di sovvenzione riguarda solo le misure che alleggeriscono il peso normalmente ipotizzato sul budget di un’impresa e che sono considerate come vantaggi economici che l’impresa ricevente non avrebbe ottenuto a condizioni di mercato normali*”. Lo Stato, in particolare, può ridurre il normale costo delle imprese non solo con sussidi immediati o sovvenzioni che compensano in tutto o in parte questi costi, ma anche non ricevendo interamente ciò che le imprese gli devono. Lo Stato potrebbe anche conferire un vantaggio economico non solo riducendo il normale costo delle imprese, ma permettendo anche loro di coprire quei costi con un ricavo che supera la tariffa o la percentuale che sarebbe stata possibile alle condizioni di mercato (vedi il caso C-64-98 che riguarda i contratti tra lo Stato italiano e l’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato che forniva una remunerazione superiore alle normali tariffe del mercato). Il reddito non è solo accresciuto artificialmente quando i sussidi pubblici aumentano la domanda del prodotto di una particolare impresa (vedi la Decisione della Commissione 2005/351 “*Spain - Intermed Aerea*”). In altre parole, ci sono due possibilità con cui lo Stato permette alle imprese di evitare la disciplina imposta dal mercato. Lo Stato, infatti, o riduce i loro costi o ne aumenta i ricavi, andando oltre a ciò che sarebbe possibile alle condizioni del libero mercato. Nel secondo caso, lo Stato può assegnare un vantaggio economico quando vende beni o servizi a prezzi maggiori del loro valore reale, quale dato dal mercato, o ad un volume che non riflette i suoi reali bisogni, cosicché aumenta artificialmente la domanda di un prodotto (sentenza “*BAI v Commissione*”, T-14/96; e “*P&Q v Commissione*”, T-116-01).

³⁸⁹ Cfr. la decisione della Commissione europea N478/2004 del 7.6.2006, *Ireland – State guarantees for capital borrowings*. Sul tema, vedi anche Anestis, Mavroghenis, Psaraki, *Public funding of broadband services*, in *The European Antitrust Review*, 2007, pag. 44 e ss; Koenig, Kiefer, *Public funding of infrastructure projects*, in *ESTAL 4/2005*, pag. 416 e ss; Papadias,

Situazione differente è quella del finanziamento pubblico di “*infrastrutture specifiche per l’utente*”, giacché normalmente conferiscono un vantaggio economico e competitivo ad alcune imprese e sono considerate una forma di aiuto di Stato³⁹⁰. Comunque, nella pratica, non è così facile distinguere tra infrastrutture generali e infrastrutture specifiche per l’utente, specialmente quando la prima è “*inserita*” nella seconda³⁹¹.

Inoltre, le infrastrutture sono sempre più costruite nella forma di società pubblico-private e mediante accordi attraverso cui lo Stato mantiene la proprietà dell’infrastruttura assegnando la gestione alle imprese. È pertanto rilevante individuare entro quali limiti, tali modalità di finanziamento sono soggette alle regole sugli aiuti di Stato.

L’approccio della Commissione, quale si è affermato progressivamente nell’analisi di progetti statali di sovvenzione alla realizzazione di infrastrutture a banda larga, mostra che l’istituzione comunitaria non considera le reti di comunicazioni in questione quali infrastrutture di utilizzo generale e procede ad un’attenta e approfondita valutazione della misura³⁹². In tal senso,

Riedl, *cit.*; Trias e Koenig, *A new sound approach to EC State Aid Control of Airport Infrastructure Funding*, in *ESTAL* 3/2009, pag. 300 e ss.

³⁹⁰ Cfr. le decisioni della Commissione 2005/170 “*Propylene Pipeline from Rotterdam to the Ruhr*” e N2007/385 “*Ethylene Pipeline in Bavaria*”.

³⁹¹ Il riferimento è a quelle situazioni in cui l’infrastruttura è utilizzata tanto per finalità pubbliche, quanto private. È, ad esempio, il caso di alcuni servizi all’interno delle aree aeroportuali (in particolare quelli relativi alla sicurezza del traffico aereo, controlli di polizia e dogana). Il principio guida, in tali situazioni, è quello per cui il finanziamento di infrastrutture che perseguono una missione pubblica, non partecipando ad una attività economica, non costituisce un aiuto di Stato. Cfr. al riguardo, la sentenze nei casi “*Enirisorse*” (C.237/04) e “*Aéroports de Paris*” (T-128/98).

³⁹² Si vedano ad esempio le decisioni N201/2006 “*Broadband in underserved territory in Greece*” del 4.7.2006; N284/2005 “*Regional broadband programme: Metropolitan Area Networks (MAN)*” del 8.3.2006 e C35/2005 “*Broadband development in Appingedam*” del 19.7.2006.

la Commissione ritiene che le reti di comunicazione a banda larga rappresentano un'infrastruttura *user-specific* che il mercato è capace di offrire e che mirano a favorire un particolare tipo di operatori economici³⁹³.

Nel concreto apprezzamento del carattere di aiuto della misura, uno dei principali criteri che la Commissione impiega nell'analisi di una misura di aiuto che si sostanzia nella partecipazione pubblica ad un progetto di investimento realizzato tramite un modello di PPP è rappresentata, come visto *supra*, dal principio dell'investitore privato ("MEIP"). In base a tale principio, lo Stato si comporta come un investitore privato – e pertanto non assegna all'impresa alcun vantaggio illegittimo – nel caso in cui persegua col proprio investimento unicamente uno scopo di profitto, ignorando altre considerazioni di carattere politico-sociale. Ciò comporta, infatti, che l'impresa che riceve il finanziamento non ottiene alcuna risorsa che non avrebbe potuto reperire altrimenti sul mercato. Tale impostazione consente di valorizzare non tanto l'intervento pubblico di per sé, ma nello specifico se, *per il tramite dell'intervento*, l'impresa ha ottenuto

³⁹³ Nel caso *MAN*, cit. sup., ribattendo l'argomento dell'Irlanda che si fondava sulla natura generale della infrastruttura, la Commissione osserva che *"this would be the case of an infrastructure which is needed to provide a service that is considered as falling within the responsibility of the State towards the general public and is limited to meeting the requirements of that service. Moreover it should be a facility that is unlikely to be provided by the market because not economically viable and the way it is operated should not selectively favour any specific undertaking"* (il caso si riferiva a una misura finalizzata a sostenere una infrastruttura *carrier-neutral* su larga scala (fibre ottiche circolari) per permettere la fornitura di tubazioni, fibre scure, collocation space e servizi di comunicazione elettronica ad alta velocità ai gestori in Irlanda dove una tale infrastruttura libera, neutrale e a larga scala non era disponibile. La misura intendeva facilitare la fornitura dei servizi a banda larga al dettaglio e la concorrenza e, quindi, contribuire ad una serie di obiettivi politici e strategici per l'Irlanda, sostenendo il suo sviluppo economico, sociale e rurale). Nello stesso senso, v. la decisione N213/2003 *"United Kingdom – Project ATLAS"* del 20.7.2004.

un risparmio di costi che non avrebbe potuto ottenere a normali condizioni di mercato³⁹⁴.

In altre parole, il meccanismo del confronto competitivo assicura che, pur essendo destinataria di un intervento pubblico, l'impresa in questione non riceve un vantaggio rispetto alle altre dirette concorrenti. A queste condizioni si assicura che prevale l'azienda più efficiente perché ha i costi minori o addebita i costi minori³⁹⁵.

³⁹⁴ La Commissione ha definito nella sua Comunicazione agli Stati membri del 17 settembre 1984, concernente la partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese (la "Comunicazione"; GUCE 9/1984), gli orientamenti generali in materia, secondo i quali non possono essere considerati aiuti di Stato i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato in circostanze che corrispondono alle normali condizioni di un'economia di mercato. Come la Commissione ha avuto modo di chiarire, essa non è tenuta, per poter accettare alla stregua di una normale operazione commerciale un programma d'investimento finanziato dai pubblici poteri, a provare che esso sarà redditizio al di là di ogni ragionevole dubbio. La Commissione non può sostituirsi al giudizio ex ante dell'investitore, ma deve stabilire con ragionevole certezza che il programma finanziato dallo Stato sarebbe accettabile per un investitore che opera in un'economia di mercato (*Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione* (GU 1994, C 350; gli "Orientamenti aviazione"), par. 26. La parte IV degli Orientamenti aviazione, intitolata "IV. Comportamento dello Stato nella sua duplice veste di imprenditore e di erogatore di aiuti di Stato all'impresa di sua proprietà", è di carattere generale ed applicabile, mutatis mutandis, anche a settori produttivi diversi da quello del trasporto aereo. Peraltro, come è stato chiarito nel caso Alitalia, la valutazione da parte della Commissione della questione se un investimento soddisfi oppure no il criterio dell'investitore privato che opera in un'economia di mercato implica una valutazione economica complessa, analogamente a quanto avviene quando essa esamina la compatibilità di una misura di aiuto con il mercato comune. Poiché in tali casi la Commissione gode di un ampio potere discrezionale, il sindacato giurisdizionale delle sue decisioni, pur essendo in linea di principio completo per quanto riguarda la questione se un provvedimento rientri nel campo di applicazione dell'art. 107(1) TFUE, si limita a verificare il rispetto delle regole riguardanti la procedura e la motivazione, l'esattezza materiale dei fatti accolti per compiere la scelta contestata, l'assenza di errori manifesti nella valutazione di tali fatti e l'assenza di sviamento di potere. In particolare, non spetta alla Corte sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione (cfr. la sentenza 12 dicembre 2000, Alitalia/Commissione, causa T-296/97, Racc. pag. II-3871, punto 105).

³⁹⁵ In tal senso, cfr. Nicolaidis, Kleis, *op. cit.*, pag. 621.

Il fattore decisivo, dunque, non è se un'azienda ottiene un ricavo maggiore grazie alle misure statali, ma se lo stesso ricavo o gli stessi costi sarebbero ottenibili a condizioni di mercato. Fino a quando c'è concorrenza tra aziende per lo stesso progetto, allora la risposta deve essere affermativa.

Tale principio appare essere trasponibile al caso dei contratti pubblici assegnati ad operatori privati a seguito di una procedura concorsuale aperta.

La prassi decisionale mostra di considerare l'espletamento di una procedura di gara aperta e non discriminatoria come elemento determinante al fine di ridurre (se non eliminare) il carattere di vantaggio della misura statale. Ciò sul presupposto per cui l'impresa aggiudicataria non otterrebbe, comunque, un beneficio che non è disponibile alle normali condizioni di mercato³⁹⁶.

In tal senso, i giudici comunitari hanno affermato che *“la necessità, per uno Stato membro, dimostrare che un tale acquisto rappresenta una normale operazione commerciale si impone ancor più quando la scelta della controparte contrattuale non è stata preceduta da una gara d'appalto aperta che sia stata sufficientemente pubblicizzata, dato che l'esistenza di una simile gara d'appalto vale normalmente ad escludere che tale Stato*

³⁹⁶ Cfr., sul punto, la decisione della Commissione N649/2001, *“Freight Facilities Grant (UK)”*, in cui si rileva che *“if such an infrastructure manager is chosen by an open and non-discriminatory procedure, the State support granted to it for construction and maintenance of transport infrastructure represents the market price to achieve the desired result, financing is also not considered to all under Article 87(1) EC Treaty”*. Nello stesso senso, decisione N390/2000, *“Belgium – Spoorlijn Lanaken – Maastricht”* e N264/2002, *“United Kingdom – London Underground Public Private Partnership”*.

*membro intenda concedere un vantaggio all' impresa con cui stipula un contratto*³⁹⁷.

Peraltro, tale impostazione sembra ricevere alcune precisazioni applicative in tema di procedure di gara per l'aggiudicazione di progetti di realizzazione di infrastrutture di banda larga.

Infatti, con specifico riferimento alla realizzazione di progetti a banda larga, la Commissione sembra sostenere che esista un "vantaggio residuale"³⁹⁸, rappresentato dalla possibilità che, nonostante la procedura di gara per la scelta del partner privato, persista un carattere di aiuto del progetto nella misura in cui questa si traduce in un vantaggio per gli operatori, utilizzatori finali dell'infrastruttura³⁹⁹.

³⁹⁷ Sentenza della Corte Generale del 5.8.2003, *P&O European Ferries c. Commissione*, case T-116/01, Racc. 2003, pag. 2957, punti 117-118 dove, esaminando se un vantaggio è stato conferito all'impresa, la Corte nota come la stessa non è stata scelta sulla base di una "non è stata preceduta da una gara d'appalto aperta che sia stata sufficientemente pubblicizzata". Ciò in quanto, "la necessità, per uno Stato membro, di dimostrare che l'acquisto di beni o servizi da esso effettuato rappresenta una normale operazione commerciale si impone ancor più quando, come nel caso di specie, la scelta dell'operatore non è stata preceduta da una gara d'appalto aperta che sia stata sufficientemente pubblicizzata. Infatti, secondo la prassi consolidata della Commissione, l'esistenza di una simile gara d'appalto prima di un acquisto da parte di uno Stato membro vale normalmente ad escludere che tale Stato membro intenda concedere un vantaggio a un'impresa determinata [v., segnatamente, la comunicazione della Commissione sulla disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo (GU 1996, C 45, pag. 5), punto 2.5 e, in tal senso, gli orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato ai trasporti marittimi (GU 1997, C 205, pag. 5), capitolo 9]".

³⁹⁸ Cfr. Nicolaidis, Kleis, *op. cit.*, pag. 631, secondo cui tale impostazione confonde tuttavia due aspetti tra loro, ossia l'impatto dell'intervento statale e l'eventuale vantaggio selettivo dell'investimento in questione.

³⁹⁹ Ciò è stato manifestato, ad esempio, nel caso "ATLAS", *cit. sup.* in cui la Commissione, dopo aver rilevato che lo svolgimento della gara avrebbe "would rule out any unnecessary advantage to the Asset Manager [l'impresa privata cui sarebbe spettato il compito di gestire l'infrastruttura]", *individua tuttavia la presenza di un "economic advantage for the telecom operators and the service providers, which can, at least partially, translate into an economic advantage for the enterprises in the business parks that are the ultimate*

Nella specie, la Commissione mostra di valorizzare l'aspetto della possibilità di ingresso nel mercato che viene concessa all'aggiudicatario, a differenza degli altri partecipanti, posizione che *di per sé* procura un vantaggio competitivo non replicabile dai propri concorrenti. Tale vantaggio si concretizzerebbe nella possibilità di utilizzare l'infrastruttura pubblica e di operare nel mercato dell'accesso all'ingrosso secondo condizioni non altrimenti disponibili sul mercato⁴⁰⁰.

Tale approccio appare, da un lato, concentrarsi sull'esplicito vantaggio di *first mover* che l'aggiudicatario mostra di ottenere a seguito della gara, con speciale riguardo alla possibile costituzione o rafforzamento di una posizione di notevole indipendenza e forza sul mercato dell'accesso all'ingrosso all'infrastruttura. Dall'altro, non pregiudica tuttavia un'analisi complessiva delle misure, che tenga conto anche degli obblighi regolamentari che potrebbero accompagnarsi al bando di gara e che possono essere idonei a fugare quel vantaggio marginale che deriva all'operatore aggiudicatario. In altre parole, la Commissione sembra voler affermare una specialità delle misure inerenti lo sviluppo delle infrastrutture a banda larga, coinvolgendo questioni delicate a carattere politico-economico da non rendere possibile un'applicazione delle norme generali.

customers of the broadband services". Nello stesso senso, la decisione nel caso "MAN", *cit. sup.*, riscontra che l'aggiudicatario del progetto di investimento avrebbe nondimeno ottenuto un vantaggio consistente nella possibilità di "establish its business based on the government funded MAN infrastructure and enter the market for wholesale services on conditions not otherwise available on the market."

⁴⁰⁰ In tale direzione si muove l'analisi della Commissione anche con riferimento ad altri progetti di reti di banda larga notificati. Cfr., *inter alia*, le decisioni N 131/2005 del 22.2.2006 "United Kingdom – Fibre speed broadband project Wales"; N 583/2004 del 6.4.2005 "Spain – Banda ancha en zonas rurales y aisladas"; N 267/2005 del 5.10.2005 "United Kingdom – Rural Broadband Access Project"; N 307/2004 del 16.11.2004 "United Kingdom – Broadband in Scotland remote and rural areas"; N 263/2005 del 20.10.2005 "Austria – Breitband Kärnten".

Sul solco di tale impostazione – che come visto riconduce le misure statali nell’ambito degli aiuti di Stato per poter procedere alla successiva analisi di compatibilità ai sensi dell’art. 107(3) TFUE – si pongono i criteri dettati dagli Orientamenti, *supra* illustrati⁴⁰¹, che confermano la volontà di disegnare una precisa cornice di valutazione degli investimenti pubblici nella banda larga.

Come si è visto, nel quadro di analisi disposto dalla Commissione, lo svolgimento di una procedura di gara di tipo aperto e non discriminatorio si interseca con le tematiche regolatorie, dovendosi prevedere, già in sede di gara, le opportune norme di funzionamento dell’infrastruttura e divengono elementi indispensabili che qualsiasi progetto di investimento in tale settore deve tenere in considerazione⁴⁰².

Concludendo, le riflessioni sopra svolte pongono in evidenza come la realizzazione di infrastrutture NGN rappresenti invero una tematica regolatoria estremamente complessa e in corso di progressiva definizione. La tematica si contraddistingue per la necessità di un approccio di indagine integrato, che coinvolga non solo aspetti regolamentari e tecnici, ma, specialmente, considerazioni di tipo sociale e politico. Su questo

⁴⁰¹ Vedi *supra* par. 3.4.2 di questo Capitolo.

⁴⁰² Cfr., da ultimo, il progetto svedese di realizzazione del piano di sviluppo NGN, il quale pur qualificandosi come aiuto (“*The notified aid measure allows a selected number of undertakings to be relieved, by means of State resources, of a part of their costs regarding the financing of the deployment of a broadband network in Sweden which they would normally have to bear themselves. Moreover, the third party providers of broadband services and business end users located in the coverage area might also benefit indirectly from the measure at stake. Consequently, the support from the state strengthens the position of a selected number of beneficiaries in relation to their competitors in the Community and therefore has the potential of distorting competition*”) ottiene una positiva valutazione, eseguita in base alle indicazioni degli Orientamenti (Decisione della Commissione N. 30/2010 “*State aid to broadband within the framework of the rural development program*”).

sfondo, le interazioni tra i soggetti istituzionali e privati si svolgono secondo modelli fluidi, i quali, se da un lato si conformano alle prescrizioni in materia di concorrenza, dall'altro non sono interamente assorbite in queste ultime. Rileva, al riguardo, la peculiarità propria delle problematiche legate allo sviluppo di infrastrutture di banda larga, sintesi del livello sovranazionale degli interessi coinvolti e, al contempo, del ruolo primario e indispensabile che gli enti locali sono chiamati a svolgere, secondo i principi di sussidiarietà, di efficienza e di neutralità dell'intervento pubblico.

Bibliografia al Capitolo 1

Modelli gestionali dei servizi pubblici locali: l'evoluzione dal monopolio verso la liberalizzazione

AA.VV., *La governance delle società partecipate dagli enti locali*, in "Azienditalia", 2004, n. 9, Anno XI

Abatecola G., Poggesi S., *Governance e performance delle imprese italiane di servizi pubblici locali quotate: un'analisi empirica*, in *Economia Pubblica*, 3-4/2007

Ammannati, Di Porto, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, Milano 2003

Ammannati L., *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in De Vincenti-Vigneri, *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006

Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010

Arcangeli R., *Economia e gestione delle imprese di servizi pubblici*, Cedam, Padova, 2000

Arcidiacono S., *I bilanci e la nuova gestione contabile del comune*, Maggioli, Rimini, 1998

Arnaudo, L., "I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio", in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2009

Barbagallo B., *L'azienda ente locale tra prospettive di outsourcing dei servizi pubblici locali e difficoltà di governance*, in *Quaderni Monografici Rirea n. 60*, Roma, 2007

Battista A. *Il principio di sussidiarietà nel diritto italiano e comunitario*, Bologna, 2006

Bellini D., Facchini C., *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica: esternalizzazione e regolazione*, Anci, Roma, 2005

Bentivogli C., Panicara E., Tidu A., *Poca finanza e poco progetto: il project finance nei servizi pubblici locali*, *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, Roma, 25/2008,

Borellini W., Degli Innocenti A., *Guida allo sviluppo del sistema di gestione per la qualità negli enti locali*, Halley Editrice, Matelica, 2004

Borgonovi E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Egea, Milano, 2002

Brosio G. [2001], *Economia e Finanza pubblica*. Carocci editore, Roma

Caia G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001

Caia G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, disponibile alla pagina internet: <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

Caia G., *Le società a partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in *Giustizia Amministrativa*, 1/2003

Canalini, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, nota a Consiglio di Stato, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Foro amm. CDS* 2008

Caperchione E., *Il regolamento di contabilità nell'Ente locale*, Maggioli, Rimini, 1996

Caringella, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2008

Cassese S., *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000

Castellani L., *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, Anci, 1996

Cesarini L., *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, Milano, 2004

Cintioli F., *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Giustizia Amministrativa, 2009

Colombari, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. – CdS*, 2004

Del Giudice, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2008

Delia S., *In-house e servizi pubblici: cosa resta del modello dopo il vaglio dell'AGCM*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 9/2010

Dugato, *Servizi pubblici locali*, in Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003

Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. Trim. App.*, 1/2010

Ferrara S., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Laterza, Bari, 2002

Ferri M., Baldazzi P., *I servizi pubblici locali*, Maggioli, Rimini, 2000

Furno, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l'art. 23 bis della l. 20 novembre 2009, n. 166*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 9/2010

Gallucci, *Servizi Pubblici Locali* in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVIII, Milano, 1990

Garlatti A., *Enti locali e società miste*, Etas, Milano, 2001

Garofoli R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998

Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *Giust. Amm.*, 2007

Gori E., Vittadini G. (a cura di), *Qualità e valutazione nei servizi di pubblica utilità*, Etas, Milano, 1999

Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 2000

Liguori F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004

Marconi, P., *La carta dei servizi pubblici e la citizen charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998

Massaro, *L'apertura alla concorrenza dei servizi a rilevanza industriale*, in Travi (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2003

Migale L., *I servizi pubblici locali: esternalizzazioni, contratti e controllo*, Torino, 2004

Monti M., *I servizi pubblici locali nel quadro della politica di concorrenza comunitaria*, intervento al convegno "Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali", Fondazione Montedison, 2000

Napolitano, G., *Servizi pubblici*, in Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006

Nicoletti, *La riforma dei servizi pubblici locali: prime valutazioni*, in *Dirittodeiservizipubblici*, 9/2009

Occhiolupo, *Rassegna di Giurisprudenza Le società in house*, in *Giur. Comm.*, 2008

Palliggiano, *Commento al decreto legge 135/2009*, in *Guida al diritto*, 41/2009

Pallotta, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. pubblico comunitario*, 2008

Piperita, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2007

Police, A., *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in Mangiameli, *I Servizi Pubblici Locali*, Torino, 2008

Quadrio Curzio A., Fortis M., *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, 2000

Rebora G., Meneguzzo M., *Strategia delle amministrazioni pubbliche*, in "Trattato di economia d'azienda", Torino, 1990

Scarafiocca, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica*, 2010, disponibile alla pagina web: <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>.

Scotti E., *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003

Soncini, *Gli affidamenti in house: rassegna di giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007

Sorace F., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1997

Spadoni, *I servizi pubblici. Dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, 2/2003, disponibile alla pagina web: www.dirittodeiservizipubblici.it

Tessarolo, C., *Il regime transitorio nel nuovo sistema dei servizi pubblici locali*, paper del 5 gennaio 2010, disponibile alla pagina web: www.ernalizzazioni.it

Tretola L., *I servizi pubblici locali*, Napoli, 2004

Tiebout, *A pure theory of local expenditure*, JPE, 1965

Villata, *Pubblici servizi*, Milano, 1999

Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano 2008

Vandelli L., *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2005

Vessia, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Il diritto industriale*, 2008

Volpe, *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti*, 2008

Zanchetta, *I servizi pubblici locali*, Milano, 2001

Bibliografia al Capitolo 2

Il Partenariato Pubblico-Privato: i servizi pubblici locali tra Stato e mercato

Acquarone G., *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998, fascicolo 2°.

Alla L., *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005;

Amatucci F., *Le procedure di acquisto delle amministrazioni pubbliche. Elementi di innovazione e di governance*, Rimini, 2006.

Ammanati L., *Sull'inattualità della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004.

Amorosino S., *I nodi critici della finanza di progetto in Italia*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Quaderni CESIFIN, 2004, n. 18, Torino.

AA.VV., *Finanza di progetto*, *Quaderni CESFIN* a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2004.

AA.VV., *Project Financing e opere pubbliche*, a cura di G.F. FERRARI, F. FRACCHIA, Milano, 2004.

AA.VV., *Finanza di progetto, problemi e prospettive*, in *Economia e Diritto del terziario* a cura di A. AMATO, n. 1, 2005.

AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. Picozza, Torino, 2005.

AA.VV.(a cura di C. Giurdanella), *Il codice dei contratti pubblici .Commento al D. Lsg. 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2006.

Bercelli, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, Napoli, 2007.

Bonura , nota a T.A.R. Reggio Calabria sez. I, 16 giugno 2010, n. 561, in *Guida al diritto 2010*, 33-34.

Boschi M. E., *I confini dell'evidenza pubblica nelle procedure costitutive di società miste*, 2007, disponibile alla pagina www.dirittodeiservizipubblici.it.

Caia G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, 2008, disponibile alla pagina www.giustiziaamministrativa.it

Cammelli M. - Ziroldi A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.

Caranta R., *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*, nota a CGCE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, in *Urb. app.*, 12/2007.

Caravita di Toritto B., Collevicchio M., *La procedura di infrazione Cee contro il codice dei contratti*, in *Atti del convegno IGI - 22 aprile 2008*

Carriere P., *Project financing, problemi di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999.

Cartei G. F., *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI, Napoli, 2008, 217-250.

Cassese S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 1996.

CERULLI IRELLI V., *Costituzione e amministrazione: documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002

Cassese S., *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2003

Cassetta E. - Foà, S. voce *Pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. I, Torino, 2000

Cerulli Irelli V., *Costituzione e amministrazione: documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Giappichelli, 2002

Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione in Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003

Chiti M. P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2000

Chiti M. P., *Il partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005

Clarizia A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giustizia Amministrativa*, 3/2008.

Coletta A., *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it , 2008

Collevecchio M., *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008.

Dello Sbarba, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in www.federalismi.it , 2006.

De Marzo G., Baldi M. *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, II ed., 2004.

De Nictolis R., *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e app.*, n. 3/2005.

De Nictolis R., *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, *Rivista Cds*, 2008.

De Sury P. , Miscali M., *Il Project Finance*, Milano, Egea 1995.

Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. Cassese), Milano, 2003.

Dugato M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

Esty B.C., *The economic motivations for using project finance*, mimeo, Harvard Business School, 14 febbraio, 2003.

Ferla S., *Diritto nazionale dei servizi pubblici e diritto comunitario della concorrenza. Argomenti di riflessione su un equilibrio non ancora definito: il caso delle società a capitale misto pubblico-private*, disponibile alla pagina www.dirittodeiservizipubblici.it

Fidone G., *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006.

Fimiani P., *Le società nel servizio pubblico ambientale*, Milano, 1998.

Gaeta M. M., in commento a T. Salerno, 27 marzo 2007 in *Le Società*, n. 8, 2007.

Garofoli R., *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.* 1998,

Gasparri F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in *Giustizia Amministrativa*, n. 3 /2007

Gatti S., *Il project finance*, in *La finanza strutturata in Italia. Operazioni e best practice* (a cura di) S. GATTI E S. CASELLI, Roma, 2005.

Giannini M.S., voce *Amministrazione pubblica, premessa storica*, in *Enc. dir.*, Giuffrè.

Giorgiantonio C., Giovanniello V., *Infrastrutture e « project financing » in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, Roma, 2009, 142

Guccione C., *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2005.

Iaione C., *In house providing nella distribuzione del gas e nozione societaria di controllo analogo*, in *Foro amm.-TAR*, 2006.

Imperatori, *Il project financing - Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995. Draetta U. - Vaccà C. (cur.), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Egea, Milano, 1997.

Liguori F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004.

Liguori F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.

Miccù R., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, (a cura di) V. Atripaldi, G. Garofano, C. Gnesutta e P. F. Lotito, Padova, 1998.

Massari A. - Greco M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D. Lsg. 12 aprile 2006, n.163*, Rimini, 2006.

Massera A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005.

Merusi F., *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Finanza di progetto* (a cura di) G. Morbidelli, Torino, 2004.

Monzani S., *Le nuove forme di controllo concorrenziale previste dal Codice dei contratti: dialogo competitivo e accordo quadro*, *Amm. it.*, 2007.

Napolitano G., *Pubblica amministrazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* diretto da S. Cassese, 2006.

Nevitt K.P., in *Project Financing*, trad. it. della 4 ed. a cura di P. De Sury, Roma, 1987.

Nicodemo S., *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in *Riv. trim. app.*, 1997

Picozza E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006.

Piperata G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn dir. amm.*, 2, 2006.

Quietia. Zucchetti A., *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali. Le gare per i servizi pubblici locali sono proprio imposte dalla vigente normativa CE?*, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2003

Rabitti, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996.

Raganelli B., *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi?*, Torino, 2006.

Raganelli B., *Concessione di lavori e di servizi*, in *I contratti della pubblica amministrazione, Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno E E. Gabrielli, Torino, 2007.

Raganelli B., *Amministrazioni pubbliche - principi costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore - Diritto amministrativo*, 2007.

Raganelli B., *Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, in *www.i-com.it Studio I-COM*, ottobre, 2008.

Rossi G., *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in *Atti Convegno Messina*.

Sambri S., *Project Financing, la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2006

Reale V., *Il nuovo codice degli appalti di lavori, forniture e servizi: prime considerazioni*, in *Nuova Rassegna*, 1,2007.

Sandulli M. A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005

Scoca F. G., *Il punto sulle cosiddette società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005.

Torchia L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Rimini, 2004.

Silvestri E., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2000.

Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003.

Ursi R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005.

Ursi R., *Una svolta nella gestione dei servizi locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, IV.

Urso M. nota a sentenza Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072 in *Urb. app.*, 2006, 1447 ss., *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*.

Vaira r., *La gestione dei servizi pubblici tra "in house providing" e affidamenti diretti a società miste: ancora incertezze sulle rispettive condizioni di legittimità*, commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n.1, in *Giustizia amministrativa* 2008.

Variani E., *L'"in house providing": la Corte di Giustizia torna a parlare di "controllo analogo"*, 1/2005, disponibile alla pagina www.filodiritto.com.

Bibliografia al Capitolo 3

Il Partenariato Pubblico Privato e il finanziamento di infrastrutture: il caso delle reti di telecomunicazioni a banda larga

ANFOV – *Note tecniche per lo sviluppo in Italia di una infrastruttura NGN in linea con le norme di principio contenute nella legge 133/2008*, Roma, 2009

Anestis, Mavroghenis, Psaraki, *Public funding of broadband services*, in *The European Antitrust Review*, 2007.

Ambrosanio, Bordignon, Etro, *Investimenti in infrastrutture. Patto di stabilità e Partnership pubblico-privata*, UCSC, Milano, 2004.

Bennett, Iossa, *"Delegation of Contracting in the Private Provision of Public Services"*, in *Review of Industrial Organization*, 2006.

Between, Osservatorio Banda Larga, maggio 2010

Besley, Ghatak, *"Government versus Private Ownership of Public Goods"*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 4/2001.

Cacciapuoti, Caleffi, Gelli, Massei, Paura, *Next Generation Network: standard ITU-T ed ETSI ed aspetti di interconnessione e convergenza dei servizi*, Dipartimento di Ingegneria Biomedica,

Elettronica e delle Telecomunicazioni (DIBET) Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 2009.

AGCOM, Audizione del Presidente Corrado Calabrò al Parlamento, in data 6.10.2010.

Cambini, Jiang, “*Broadband Investment and Regulation*”, Mimeo, 2009.

Cave, *La Regolamentazione delle reti di nuova generazione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 3/2009.

Ciscato D., *Rete IP ed Internet: il quadro evolutivo*, in *Mondo Digitale*, n. 3/2008.

Commissione europea, *Mobilising private and public investment for recovery and long-term structural change: developing Public Private Partnerships*” COM(2009)615, Bruxelles 19.11.2009.

Commissione europea, *La banda larga in Europa: investire nella crescita indotta dalla tecnologia digitale*, COM(2010)472, Bruxelles, 20.9.2010.

Commissione europea, *Orientamenti comunitari relativi all’applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido si reti a banda larga*, in GUUE C235/7 del 30.9.2009.

Commissione europea, “*Broadband: Commission consults on regulatory strategy to promote high-speed Next Generation Access networks in Europe*”, MEMO/08/572.

Commissione europea, “*Connecting Europe at high speed-National broadband strategies*”, COM(2004) 369 final, Bruxelles, 12.5.2004.

Commissione europea, *Agenda digitale: le ricadute pratiche delle misure adottate dalla Commissione per diffondere la banda larga veloce e ultraveloce in Europa*, comunicato stampa, MEMO/10/426, Bruxelles, 20.9.2010.

Commissione europea, *Facing The challenge – The Lisbon strategy for growth and employment*, working group by Wim Kok, Bruxelles, 2004;

Commissione europea, *Challenges for the European information Society beyond 2005* COM(2004) 757 final, Bruxelles, 19.9.2004.

Commissione europea, *Cohesion Policy in support of growth and jobs – Community strategic guidelines, 2007- 2013*, Bruxelles, 5.7.2005.

Corte dei Conti, *Interventi per infrastrutture a “banda larga” nelle aree depresse*, Roma, 2007.

Daniels, Trebilock, “*An Organizational Analysis of the Public-Private Partnership in the Provision of Public Infrastructure*”, 2002, Cambridge, MIT Press.

Del Giudice, *Catasto Infrastrutture*, Working Paper 3.1, Progetto ISBUL, Roma 2009.

Decina, *Infrastrutture di rete fissa NGAN*, Working Paper 1.1, Progetto ISBUL, Roma 2009.

Doeleman, *Broadband 2.0, Public Private Partnership NGA’s and the Market Economy Investor Principle: the case of Citynet Amsterdam*, paper presentato alla “*ECTA Regulatory Conference on State Aid*”, Brussels, 28-30 novembre 2007.

ERCE, *Il caso Socrate*, Università di Padova, ...

Etro, *Public-Private Partnership*, Working paper, Dipartimento di Economia, Università di Milano Bicocca, 2007.

Gaál, Lambros, Papadias e Riedl, *Municipal wireless networks and State aid rules: Insights from Wireless Prague*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2007.

Gaál, Papadias, Riedl, *Citynet Amsterdam: an application of the Market Economy Investor Principle in the electronic communications sector*, in *Competition Policy Newsletter* 1/2008.

Garofoli, Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria 62/05*, Milano 2005.

Grout, *The Economics of the Private Finance Initiative*, Oxford Review of Economic Policy, 13/2007.

Hart, “*Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships*”, in *The Economic Journal*, 2003.

Hart, Shleifer, Vishny, *The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons*, in *Quarterly Journal of Economics* 1997.

Hencsey, Reymond, Riedl, Santamato e Westerhof, *State aid rules and public funding of broadband*, in *Competition Policy Newsletter*, 1/2005.

Hodge, Greve, “*Public Private Partnerships: An International Performance Review*” in *Public Administration Review*, 67/2007.

Houthoff, Buruma, *CityNet Amsterdam: The Third Way*, paper presentato alla “*FttH Council Conference*” in data 7.2.2007, disponibile alla pagina http://www.houthoff.com/_files-cms/file/publicaties/Congressheets_glasvezelproject.pdf.

Huigen, Cave, “*Regulation And The Promotion of Investment in Next Generation Networks*”, in *Telecommunication Policy*, 32/2008.

Koenig, Kiefer, *Public funding of infrastructure projects*, in *ESTAL* 4/2005.

Kroes, *Agenda digitale: le connessioni a banda larga sono già veloci, ma l'Europa deve fare di più*, comunicato stampa IP/10/1062 del 16.11.2010.

Lambros, Riedl, Westerhof, *Public funding for broadband networks - recent developments*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2006.

Lambros Papadias Filomena Chirico and Norbert Gaál. *The new State aid Broadband Guidelines: not all black and white*, in *Competition Policy Newsletter*, 2009/3.

Lattemann et al., “*Public Private Partnerships as an Inter-organizational Initiative for the Diffusion of Broadband Technologies in Europe*”, disponibile alla pagina web: <http://is2.lse.ac.uk/asp/aspecis/20080074.pdf>

Nasti, “*Il servizio universale nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*”, in “*Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*”, 2004.

Nicita, *Governance di sistema*, Progetto ISBUL, Roma 2009.

Nicolaides, Kleis, *The case of Public Funding of Infrastructure and broadband networks*, in *ESTAL* 4/207.

Norbert Gaál, Lambros Papadias and Alexander Riedl, *Citynet Amsterdam: an application of the Market Economy Investor Principle in the electronic communications sector*, in *Competition Policy Newsletter*, 2008/1.

Nucciarelli, Sadowski, Achard, “*Emerging models of public-private interplay for European broadband access: Evidence from the Netherlands and Italy*”, Working Paper 03/2010, Eindhoven University of Technology, The Netherlands, 2010.

Papadias, Riedl e Westerhof, *Public funding for broadband networks*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2006.

Picot, Wernick, “*The Role of Government in Broadband Access*”, in *Telecommunications Policy*, 31/2007.

Pupillo L., *Impatto della banda larga sulla crescita economica: evidenze della letteratura*, in *L'Industria*, n. 4/2009.

Tosics, Gaál, *Public procurement and State aid control - the issue of economic advantage*, in *Competition Policy Newsletter*, 3/2007.

Trias, Koenig, *A new sound approach to EC State Aid Control of Airport Infrastructure Funding*, in *ESTAL* 3/2009.