

Breve promemoria a sostegno della proposta di legge di iniziativa popolare per la ripubblicizzazione del servizio idrico integrato

Si è soliti affermare che ormai il settore dei servizi pubblici locali risulterebbe liberalizzato con l'obbligo, per gli Enti Locali, di ricorrere esclusivamente alla messa a gara dei servizi quale unica forma possibile di gestione degli stessi. Spesso, per giustificare questo orientamento si richiamano presunti obblighi in tal senso introdotti dalla normativa comunitaria.

Niente di più falso.

Certo, il principio della concorrenza è da considerarsi uno dei principi ispiratori del diritto comunitario. L'art. 3, lett g) del Trattato CE dispone che occorre realizzare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno.

Tuttavia sembra necessario evitare l'affermarsi di posizioni quasi fideistiche, che sembrano individuare come unico principio quello di concorrenza.

In sostanza esistono altri principi, nell'ordinamento comunitario, che hanno la stessa rilevanza del principio di concorrenza e che sono da porre sullo stesso piano, senza gerarchie o priorità.

Dispone l'art. 16 del Trattato UE : "*Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti.*".

L'art 86 del Trattato prevede che "*2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.*

La missione a loro affidata è quella di promuovere la coesione sociale, territoriale ed economica della comunità europea, non quella di costituire una sorta di volano per la sviluppo della concorrenza...

Per questi motivi (anche per l'esplicito utilizzo del termine "limiti") possono giustificarsi delle ragionevoli limitazioni della concorrenza, in vista della realizzazione di interessi pubblici di portata essenziale. Ciò, in particolare, secondo la Corte di Giustizia CE, è legittimo nella misura in cui si rendano necessarie misure per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi .

Nell'interpretazione, inoltre, dell'art. 86 del TUE fornita dalla stessa Commissione Europea nel Libro Bianco sui servizi di interesse generale, del 12.05.2004 n° COM (2004) 374, si legge che "*.. in base al Trattato CE e in presenza delle condizioni di cui all'articolo 86, paragrafo 2, l'effettiva prestazione di un compito di interesse generale prevale, in caso di controversia, sull'applicazione delle norme del trattato. Pertanto, la normativa tutela i compiti piuttosto che le loro modalità di esecuzione. Il trattato consente quindi di conciliare il perseguimento e la realizzazione degli obiettivi di politica pubblica con gli obiettivi di competitività dell'Unione europea nel suo insieme". La Commissione prosegue affermando (pag. 11), commentando la propria proposta di direttiva sui servizi di interesse generale, che "*Un aspetto ancora più importante risiede nel fatto che la proposta non impone agli Stati membri di aprire i servizi di interesse economico generale alla concorrenza e non interferisce sulle modalità di finanziamento o di organizzazione*".*

Più di recente, la Commissione, nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, del 5 febbraio 2008, n C(2007)6661, ribadisce nuovamente che "*nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato.*"

Sembra significativo, in proposito, che la stessa Commissione Europea, notoriamente attenta ad impedire potenziali violazioni del principio di libera concorrenza, debba comunque dar conto della cedevolezza del detto principio concorrenziale di fronte a quello di libertà di autoorganizzazione degli Stati membri e delle loro articolazioni interne.

L'art. 5 del Trattato prevede il principio di auto-organizzazione amministrativa che trova il suo fondamento nel più generale principio di autonomia istituzionale.

Questo comporta almeno due conseguenze:

- 1) la definizione stessa di Servizi di interesse generale e di servizi economici di interesse generale compete agli Stati membri e alle loro "suddivisioni costituzionalmente riconosciute" (nel caso italiano, quindi, le autonomie locali);
- 2) il diritto, per gli stati membri e le istituzioni locali di ricorrere alla autoproduzione dei servizi.

Nella "*Risoluzione sul Libro verde sui servizi di interesse generale (COM(2003) 270 — 2003/2152(INI))*" del 14 gennaio 2004, il Parlamento Europeo: " 18. ribadisce l'importanza fondamentale del principio di sussidiarietà, a norma del quale le autorità competenti degli Stati membri possono operare la loro scelta in materia di missioni, organizzazione e modalità di finanziamento dei servizi di interesse generale e dei servizi di interesse economico generale; sottolinea che una direttiva non può stabilire una definizione europea uniforme dei servizi di interesse generale, poiché la loro definizione e strutturazione deve restare di competenza esclusiva degli Stati membri e delle loro suddivisioni costituzionalmente riconosciute;"

"35. auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di «auto produrre» in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato; chiede, conformemente alla sua posizione sulle direttive concernenti i contratti di servizio pubblico, che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi e qualora svolgano le loro principali attività mediante tale mezzo".

Il modello "in house", quindi, per l'ordinamento comunitario costituisce espressione diretta del principio di autonomia istituzionale degli Stati membri e degli Enti Locali.

Di conseguenza, anche il famigerato articolo 23 bis della L. 133/2008, deve necessariamente riconoscere la possibilità di forme di gestione dei servizi pubblici locali alternative alla messa a gara degli stessi.

E' vero che il comma 2 dell'articolo 23 bis stabilisce, come regola generale, il ricorso da parte degli Enti Locali a procedure competitive ad evidenza pubblica (le gare). Ma il successivo comma 3 stabilisce la possibilità di derogare al ricorso alla gara per ragioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento. E non a caso, la deroga alla regola generale della messa a gara viene riconosciuta come una scelta che deve "avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria". Cioè dei principi sopra ampiamente esposti.

Per questi motivi, esistono ampie motivazioni a sostegno di una forma di gestione dei servizi pubblici locali radicalmente alternativa a quella rispondente al modello della messa a gara dei servizi.

Per quanto concerne l'individuazione dell'Azienda Speciale, o comunque di Enti di diritto pubblico, quali strumenti per l'attuazione del modello giuridico dell'"in house", si rammenta che in nessun documento comunitario si afferma che tale modello debba essere realizzato mediante lo strumento giuridico della società di capitali.

Anzi, ritengo che la società di capitali risulti incompatibile con il modello "in house". Per questa trattazione rimando al saggio pubblicato dalla rivista *Quale Stato* (n. 1 / 2, 2007, pag. 179 – 195).

Mantova, 17 gen. 09

Matteo Gaddi