

merali sulla risoluzione delle controversie in materia commerciale. Il quadro dei mezzi di tipo pubblicistico si è arricchito, in quanto alle tradizionali forme giudiziali di risoluzione delle controversie si sono aggiunte le procedure non giurisdizionali, che si esplicano mediante la conciliazione e l'arbitrato. Ne costituiscono altrettanti significativi esempi le procedure gestite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Non mancano, tuttavia, profili problematici. Le procedure di conciliazione e arbitrato presentano diversi vantaggi rispetto a quelle giurisdizionali: la competenza tecnica delle autorità di regolazione, i tempi assai più brevi, i costi più contenuti. Ma le procedure di questo tipo riguardano soltanto alcuni settori: esse sono finora utilizzate soltanto da pochi soggetti; soprattutto, non sono realmente alternative alla giurisdizione, perché altrimenti verrebbe messo in questione il diritto di azione in sede giurisdizionale. Garantito dall'art. 24 Cost., sono, piuttosto, rimedi aggiuntivi, per quanto non semplicemente preliminari, nel senso che il loro esperimento comporta comunque conseguenze rilevanti per il diritto. Infatti, se due operatori di comunicazioni elettroniche ricorrono all'arbitrato dell'autorità di settore, la giurisdizione sulla decisione finale spetta, poi, al giudice amministrativo. Allo stesso modo, se un utente presenta reclamo al gestore della telefonia fissa ed è insoddisfatto dell'esito, può intendere le procedure di conciliazione e arbitrato, ma la decisione finale dell'autorità è impegnativa dinanzi al giudice amministrativo e resta aperta la possibilità di un giudizio civile per il risarcimento del danno subito. Dunque, all'aumento dei rimedi non corrisponde necessariamente un netto miglioramento dell'offerta complessiva di giustizia.

Altrettanto può dirsi per la giustizia resa dagli organi giudiziari. In sede di modello della giurisdizione del giudice amministrativo, il legislatore aveva utilizzato una nozione assai ampia, tanto da far sorgere il dubbio che si fosse, in questo modo, oltrepassato il vincolo che la Costituzione stabilisce, all'art. 103, facendo riferimento alle "particolari materie" per le quali la legge può attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva. Quel dubbio è stato fatto proprio dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale, che con i famosi discorsi sentenzia n. 204/2004 ha ritenuto fondata la questione di legittimità costi-

tuzionale (11). Di conseguenza, l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, in tema di servizi pubblici, deve considerarsi limitato alle controversie concernenti il ruolo in base al quale i servizi sono erogati (validità della concessione, manutenzione del requisito per l'esercizio dei diritti che scaturiscono dall'autorizzazione generale). Essa non include, da un lato, le dispute riguardanti l'organizzazione del servizio, che la giurisprudenza assimila alle azioni popolari, ammesse dall'ordinamento soltanto in casi eccezionali; non include, neppure, le controversie relative alle prestazioni erogate al pubblico e ai singoli. Per esse, la giurisdizione spetta al giudice ordinario ed essa ha ad oggetto, secondo la giurisprudenza, anche le attività strumentali all'esercizio del servizio (15).

Un ulteriore profilo problematico riguarda il tipo di sindacato svolto dal giudice amministrativo. Da un lato, esso ha sempre più spesso ad oggetto decisioni individuali (delle amministrazioni concedenti, delle autorità di regolazione) per valutare le quali occorre un'analisi economica, a volte assai complessa. Dall'altro lato, il sindacato del giudice amministrativo non investe soltanto provvedimenti individuali, ma anche le regole stabilite dalle autorità governative o da quelle di regolazione) alle quali i servizi debbono attenersi. Assunse, quindi, tratti più complessi, soprattutto nel caso in cui le regole (come accade, per esempio, per taluni bandi di gara) sono di tipo assuntivo, ossia precorrenziali. Il confronto tra gli operatori economici si sposta, così, dall'area economica a quella giudiziale, modificando il ruolo del giudice amministrativo.

**Bibliografia.** — S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, Laterza, 2003. III ed.; G. DELLA CANNAVA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2001, p. 738. AL. DE GAY, *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Dipartimento di diritto generale*, Milano, Giuffrè, 2003. II ed.; 2581. M.S. GIASSI, *Profili giuridici delle norme palazzinate*, con particolare riguardo alle aziende, in *Rivista amministrativa*, 1953, p. 611. E. MARINI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Le leggi del mercato. Innovazione economica e antitrust nazionale* (Bologna, Il Mulino, 2002, p. 59. G. NARONATO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005. G. PIRELLA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005. U. FORTESSANTE, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1961. G. VIGNATI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, Maggioli, 1997. R. VALLA, *Pubblici servizi. Discipline e problemi*, Milano, Giuffrè, 2003. III ed.

(Cittadino della Campania)

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI

### 1. Nozioni di servizio pubblico.

La mancanza di una definizione legislativa di servizio pubblico locale ha indotto, sin da tempi remoti, a ricercare in sede dottrinale, i tratti caratterizzanti una nozione unitaria di servizio pubblico. Del resto, già a partire dalla L. 103/1903 e dal suo Regolamento di attuazione (RD 108/1904) — che costituisce la prima normativa organica sulla municipalizzazione — l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni presupponeva l'individuazione da parte degli stessi delle attività da qualificarsi come tali. Altrettanto sia la legge a imputare alle amministrazioni locali (v. ENTI LOCALI) l'individuazione delle attività costituenti servizio pubblico, le medesime sono chiamate a compiere una valutazione politico-amministrativa circa la ricorrenza di determinati presupposti, individuati a norma dell'art. 112 D.lgs. 267/2000 (cfr. la produzione e la fornitura di beni o servizi siano rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità di riferimento). La scelta dell'ente locale di assumere determinate attività come servizio pubblico, di cui si avvaleva la doverosità ai fini del soddisfacimento in modo continuativo di obiettive esigenze collettive (1). — stante la genericità

della richiamata Formulazione di cui all'art. 112 D.lgs. 267/2000 — appare connessa a parametri piuttosto elastici. È stato, tuttavia, posto in rilievo, con riferimento alle sole attività economiche che costituiscono servizio pubblico a come, soltanto laddove non vi sia un soddisfacimento privato sia inadeguata a soddisfare dette esigenze collettive, dal punto di vista quantitativo o del prezzo, l'ente locale sarà legittimato a gestire direttamente (SARCO). Pertanto, nella prospettiva di un ridisegno dei rapporti tra intervento dei pubblici poteri e iniziativa economica privata, da realizzarsi in attuazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale (art. 118, ultimo comma, Cost.), almeno con riferimento ad alcuni segmenti di servizio pubblico locale, si dovrebbe passare da un regime di concorrenza per il mercato ad uno di concorrenza nel mercato.

Più in generale, va rilevato che alla qualificazione di un'attività come servizio pubblico l'ordinamento ha sempre collegato l'applicazione di tratti di differenti discipline. Ben si comprende allora come in dottrina siano state prospettate diverse concezioni, da quella soggettiva a quella oggettiva a varie rivisitazioni di entrambe (v. SERVIZI PRIVATI).

Evoluzione del quadro normativo, che schematicamente può scomporsi in tre fondamentali fasi — la prima che, dalla richiamata normativa di inizio '900, arriva fino al 1990, la seconda che si apre con la L. 142/1990 e si conclude dopo circa un decennio, l'ultima, non ancora conclusa, che può dirsi caratterizzata da incisivi interventi di modifica dell'art. 113, D.lgs. 267/2000, operati dapprima con l'art. 35, L. 448/2001 e in seguito con l'art. 14, D.L. 269/2003, conv. con mod. dalla L. 326/2003 — non sembra aver esaurito la tendenza sia in dottrina che in giurisprudenza a ricercare gli elementi distintivi delle attività qualificabili come servizio pubblico. Tuttavia, secondo l'opinione ormai prevalente, dalle diverse disposizioni normative riferibili alle attività di servizio pubblico locale, non è ricavabile una nozione unitaria giuridicamente rilevante, posto che sono emendabili diverse nozioni cui si ricollegano rispettivamente regimi giuridici particolari.

### 2. La disciplina applicabile.

2.1 *Le fonti di disciplina: l'integrazione del diritto interno con il diritto comunitario.* — È noto che nell'ordinamento comunitario esistono tanto le istituzioni comunitarie quanto gli Stati membri tenuti a realizzare un sistema di mercato aperto e concorrenziale (art. 2 TUE), tutte le attività economiche — nel cui novero

(11) C. cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204, in *Atti e concordanze*. Nel senso che, nemmeno nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti di determinazione dei termini di spesa per le prestazioni in sanità, Cons. Stato, ad. plen., 2 maggio 2006, n. 8, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

(15) *Il Mulino*, sez. III, 20 gennaio 2001, n. 473, in *www.dirittoconservatori.it*.

(11) Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

debbono ricondursi anche una parte significativa delle attività di servizio pubblico — sono sottoposte al rispetto di un nucleo di regole e principi comuni rivolti a promuovere processi di liberalizzazione e un assetto concorrenziale. In determinate situazioni essenziali tali principi e regole possono, tuttavia, essere derogati mediante interventi delle autorità pubbliche, per esigenze di tutela di interessi generali e sociali.

A differenza di quanto è avvenuto nel settore degli appalti pubblici, le forme di affidamento dei servizi pubblici locali non costituiscono oggetto di normative comunitaria di armonizzazione (2); siffatto esito è stato indotto soprattutto dal rilievo che nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri sono invise differenze comunitarie, che, in virtù della primazia del diritto comunitario, trovano applicazione anche in ambiti, come quello dei servizi pubblici locali, regolati dal diritto interno (art. 112 e ss. Digs. 26/2000), da cui consegue l'esigenza di operare una non sempre agevole ricomposizione della disciplina applicabile. Si tratta però di più di regole e principi che sono rivolti a garantire la libertà di circolazione dei servizi e la libera concorrenza all'interno dello spazio comunitario, che incidono su vari aspetti attinenti alla regolamentazione nazionale dei servizi pubblici locali. Assumono rilievo, in particolare, alcune definizioni comunitarie come quella dei servizi di interesse economico generale (art. 86, par. 2 Tce; art. 16 Reg. art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), quella di servizio di interesse generale (3), quella di servizio universale (v. Servizi finanziari), che hanno una portata trasversale, ancorché limitata a determinati ambiti, non sono coincidenti con alcuna nozione interna di servizio pubblico e alle quali si collega l'applicazione soltanto di alcuni principi e regole.

(2) Per l'individuazione di detti differenti modelli di regolamentazione può in primis la distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di pubblico servizio, su cui v. C. giust. CE, sent. 7 dicembre 2000, causa C-324/98, e C. giust. CE, sent. 13 ottobre 2005, in *note ciurma/cantupa en*.

(3) V. la Comunicazione della Commissione del 30 settembre 2000 avente ad oggetto: I servizi di interesse generale in Europa (COM/2000/Sor), nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 (COM/2003/270) e la Comunicazione della Commissione 12 maggio 2004, recante il Libro bianco sui servizi di interesse generale (COM/2004/574).

Peraltro, come ha chiarito la Corte costituzionale (4), poiché alla natura-funzione della tutela della concorrenza esclusiva compete trasversale — di competenza esclusiva statale, a norma dell'art. 117, comma 2, lett. c) Cost. — sono in ogni caso tutti i provvedimenti amministrativi alle modalità di affidamento del servizio pubblico a disposizione in merito alle forme di gestione dei servizi di rilevanza economica, deve ritenersi come la disciplina di detti aspetti non sia rilevante per il diritto comunitario, che appunto mira a garantire un assetto concorrenziale. In questa prospettiva, si comprende come, nonostante sia stata sempre riaffermata la sussistenza di un'autonomia organizzativa degli Stati membri — poiché questa non finisce per annullare o compromettere la piena attuazione delle disposizioni comunitarie —, si sia verificata una progressiva erosione della stessa, ad opera del diritto comunitario, anche con riferimento alle forme di gestione (5) (in cui compare, del resto, comprovato dalla giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*), proprio con riguardo a tale modalità di affidamento di cui si dirà *amplius infra* par. 5.2 — va evidenziato come, mancando una puntuale disciplina positiva, la Corte di giustizia abbia svolto un ruolo suppletivo di concretizzazione di principi ad essa applicabili.

Il diritto comunitario impone, inoltre, di distinguere i servizi che hanno rilevanza economica da quelli che ne sono privi — distinzione recepita anche dal legislatore italiano con l'art. 14, Dl. 269/2003, conv. con mod. dalla L. 326/2003 — in quanto soltanto i primi sono sottoposti al rispetto delle regole e dei principi posti a tutela della concorrenza. Occorre però tener presente che la distinzione fra servizi aventi o meno rilevanza economica non è sovrapponibile né a quella comunitaria, tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse economico produttivi e servizi alla persona e alla comunità (6). Nel diritto positivo comunitario non è dato, tuttavia, rinvenire né una definizione di attività a rilevanza economica né criteri utilizzabili, in via generale, ai fini dell'individuazione della medesima. A fronte di tale lacuna dell'ordinamento e trattandosi di nozione di natura comunitaria, un ruolo suppletivo, di tipo preventivo, ancora una volta, è stato assunto

(4) C. cost., sent. 27 aprile 2001, n. 272, in *note ciurma/cantupa en*.

(5) V. gli artt. 112 e ss. Digs. 112/2000.

dalla Corte di giustizia, siccome la stessa giurisprudenza comunitaria accoglie criteri diversi a seconda del segno o del contesto in cui si manifesta, settore assicurativo, ecc. (7), e li utilizza, talvolta, in modo cumulativo e altre volte, in via alternativa. Per quanto la necessità di adottare un approccio casistico rende incerta l'individuazione dei criteri da utilizzare, non sembra, che le amministrazioni locali, nel determinare la natura economica o meno di un'attività che intendono assumere come servizio pubblico, possano esserne quanto meno dal valutare le circostanze e le condizioni di erogazione del servizio, sulla base di alcuni parametri, emulati dagli stessi giudici di Lussemburgo, quali, in particolare, il perseguimento di uno scopo di lucro, l'assunzione dei rischi connessi all'attività di gestione e l'eventuale finanziamento pubblico (8). Per le rifeite ragioni, i legislatori nazionali e regionali, alorché individuino determinati criteri al fine di stabilire la rilevanza economica o meno di un'attività di servizio pubblico, dovranno tener conto dell'evoluzione della stessa nozione in ambito comunitario. La rilevanza economica o meno di un'attività, in mancanza di più precisi criteri di riferimento, nell'attuale fase, è da porsi essenzialmente in relazione alla modalità di gestione del servizio prescelta dall'ente locale. In altri termini, detta rilevanza sussiste allorché l'attività sia esercitata dal gestore, a fronte di un corrispettivo remunerativo versato dall'ente locale (Gaa). A prescindere dal fatto che si tratti di un servizio c.d. economico-produttivo (ad es. un servizio a rete), ovvero di un servizio alla persona (ad es. un servizio sociale) e dalla misura dei finanziamenti pubblici previsti, siffatta rilevanza viene a dipendere dalla possibilità che si determini un mercato (7), per la cui sussistenza è necessario, in definitiva, che l'attività espletata dal gestore sia potenzialmente redditizia.

(6) Gli indicati criteri, emulati da C. giust. CE, sentenza 22 maggio 2005, in causa C-18/2001, in *note ciurma/cantupa en*, sono richiamati anche da C. cost., sent. 27 aprile 2004, n. 272.

(7) V. C. giust. CE, sent. 12 settembre 2000, nelle cause C-180/1998 e C-184/1998 e sent. 25 ottobre 2001, in causa C-175/1999, in *note ciurma/cantupa en*, ove si afferma, da un lato, che «nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalla sua modalità di finanziamento», e dall'altro, che costituisce attività economica a qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato.

Da ultimo, deve essere rilevato come, il diritto comunitario abbia inciso anche sul versante dei servizi c.d. in privativa degli enti locali. Ancora, che, infatti, si sia disposta ad opera dell'art. 35, comma 12, lett. c) l. 448/2001, l'abrogazione del comma 2, lett. art. 112, Digs. 26/2000, a norma del quale «i servizi riservati in via esclusiva ai Comuni e alle Province sono stabiliti dalla legge» — le normative di settore che ancora prevedono, ex art. 13 Cost., preventive o esclusive a favore degli enti locali, debbono essere comunque conformi alla previsione di cui all'art. 80, par. 2 Tce. Di talché occorrerà valutare, caso per caso, se la privativa, sottraendo le relative attività economiche al rispetto delle regole della concorrenza, sia indispensabile e proporzionata al perseguimento di preminenti interessi generali (8).

**2.2. I rapporti tra la disciplina generale e le normative di settore.** — La disciplina generale in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica è, com'è noto, individuata dagli artt. 112 e ss. Digs. 26/2000. Per quanto attiene più specificamente, ai rapporti tra detta disciplina e le normative di settore, la norma di riferimento è costituita dal comma 1 dell'art. 113, Digs. 26/2000, ai sensi del quale le disposizioni «che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore». Ne consegue che detta disciplina generale, o meglio i principi desumibili dalla stessa — come si dirà *infra* par. 2.3 — hanno carattere inderogabile e sono integrativi delle discipline di settore. Così che non soltanto le normative settoriali non debbono porsi in contrasto con detti principi ma vanno anche interpretate alla luce dei medesimi. Costituisce però un'eccezione all'indicata prevalenza della disciplina generale l'esclusione di determinate normative di settore (quelle relative al gas naturale, all'energia elettrica e ai trasporti pubblici locali) dall'ambito di applicazione di detti principi.

Infine, altre disposizioni, previste dall'art. 113, Digs. 26/2000, impongono un raccordo tra la disciplina generale e le discipline settoriali (come, ad es., alcune disposizioni in tema di proprietà e di gestione delle reti e degli impianti).

(8) V. C. giust. CE, sent. 25 aprile 1991, in causa C-41/90, e C. giust. CE, sentenza 19 maggio 1993, in causa C-370/91, in *note ciurma/cantupa en*.

2.5. *I rapporti tra la disciplina statale e le discipline regionali*. — Come si è in parte anticipato, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il titolo di legittimazione dello Stato ad intervenire in materia di servizi pubblici locali deve ritenersi nella materia della tutela della concorrenza. È stato altresì precisato, per un verso, che detta competenza legislativa legittima un intervento statale di individuazione soltanto di disposizioni di carattere generale e riguardanti le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" — che deve comunque sempre essere conforme ai principi di proporzionalità e di adeguatezza — e, per l'altro, che solo le disposizioni di principio di cui all'art. 113, D.lgs. 267/2000 non possono essere derogate da una materia come quella della tutela della concorrenza che, anziché sia di competenza esclusiva dello Stato ha carattere trasversale, non può superare il limite costituito dall'individuazione dei principi attinenti alle modalità di gestione e all'affidamento di detti servizi.

Peraltro, come ha rilevato la stessa Consulta, la normativa statale non può estendersi fino a disciplinare servizi che non sono qualificabili come attività economiche (cio in ragione del fatto che tali servizi sono sottratti all'osservanza delle regole poste a tutela della concorrenza non essendo configurabile, con riferimento ai medesimi, la sussistenza di un mercato). Ne consegue che spetta alle regioni disciplinare i servizi privi di rilevanza economica, fermo restando che, in mancanza di una normativa regionale, le modalità di gestione di tali servizi sono individuabile dagli enti locali. Occorre però chiedersi se gli Stati membri siano liberi di prefigurare determinate attività di servizio pubblico come non economiche (ad esempio quelle socio-assistenziali, ovvero incontro alcuni limiti derivanti dal fatto che il diritto comunitario impone di tener conto del carattere dinamico ed evolutivo della distinzione tra attività economiche e non economiche, che si riflette su quella tra servizi di interesse generale (nei cui novero sono compresi anche i servizi sociali e quelli culturali) e servizi di interesse economico generale (10). Per vero, de-

ve ritenersi che i legislatori nazionali e regionali, nonché le autorità pubbliche siano legittimate a considerare determinate attività — identificabili in linea di principio, alla categoria dei servizi di interesse generale — come servizi sottratti al rispetto delle regole della concorrenza, soltanto allorché, sulla base di elementi oggettivi, di valenza caso per caso, non sia quanto meno realizzabile una concorrenza per il mercato.

In seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis, D.lgs. 267/2000 (11) — che disciplinava le forme di gestione dei servizi privi di rilevanza economica —, le regioni nel decidere la disciplina riguardante, ad esempio, i servizi sociali — la quale è riconducibile alla materia dell'assistenza sociale, di competenza esclusiva regionale, ai sensi dell'art. 117 Costituzione — laddove questi abbiano rilevanza economica, sono tenuti comunque a conformarsi ai principi inderogabili desumibili dall'art. 113 cit., tra cui, innanzitutto, al principio di consistenza nell'affidamento di tali servizi.

che sia possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica. Di talché, detta preclusa la delimitazione (città, frazioni, frazioni, n. 27/2007, in *autogegge* *comune panigiana n. che in attuazione dell'art. 36 L. reg. 2/2003, ha qualificato determinati servizi alla persona — il cui espletamento è sottoposto al rilascio di apposita autorizzazione e ad accreditamento — come privi di rilevanza economica, sul presupposto che sarebbero compiuti da un finanziamento pubblico prevalente o da scopi solidaristici o da bisogni di cura e dall'adeguatezza della flessibilità e dalla personalizzazione degli interventi. Non può sfuggire, infatti, che la rilevanza economica di un'attività sussiste allorché sia comunque previsto un corrispettivo per il servizio erogato, quantunque questo sia interamente versato al gestore dall'amministrazione affidataria, laddove, con pubblici ed enti privati esercitano la stessa attività può esservi tra i medesimi una concorrenza, sia pure limitata e circoscritta (V. C. giunta, CE-sentenza 23 aprile 1991, in causa C-41/1990). Da ultimo, può osservarsi che un sistema basato sull'accertamento dei soggetti gestori, per quanto temporaneo, privando di quote di prestazioni erogabili agli utenti, e da ripartirsi soltanto alla realizzazione, sia pure graduale e in maniera limitata, di un mercato competitivo.*

(10) Come sottolinea, in particolare, il giudice delle leggi (v. C. cost., 27 luglio 2004, n. 272), per i servizi locali — che, in relazione al soggetto erogatore, ai contenuti ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appartengono privi di "rilevanza economica" — ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

### 3. I principi in tema di organizzazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

3.1. *Regime dominante e gestione delle reti degli impianti e delle altre dotazioni strumentali*. — Anche con riferimento al regime dominante, nelle altre dotazioni strumentali si ravvergono nella disciplina generale, di cui all'art. 113, D.lgs. 267/2000, una serie di principi e di eccezioni ai medesimi che, per alcuni profili, debbono essere ricondotti con le discipline di settore.

Principio generale, desumibile ex art. 113, comma 2, c. e quello secondo cui la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni strumentali all'espletamento del servizio deve essere pubblica. Al comma 13 del medesimo articolo si prevede, tuttavia, che gli enti locali — salvo che non risulti vietato dalle discipline di settore — possono conferire tali beni in proprietà, a società a partecipazione interamente pubblica (che è ineccepibile) alle quali può essere attribuita anche la gestione dei beni stessi. Peraltro, gli atti di trasferimento di tali beni che fossero posti in essere in violazione di tale divieto risulterebbero affetti da nullità per contrarietà a norme imperative.

Il regime cui sono sottoposti gli impianti, le reti e le altre dotazioni strumentali (che può definirsi parzialmente demaniale), in più, dov'egli stessi un vincolo di destinazione determina una separazione tra il patrimonio costituito da tali beni strumentali e quello dei gestori dei servizi.

Il vincolo della proprietà diretta o indiretta degli enti locali, trova fondamento, ex art. 113, comma 3, D.lgs. 267/2000, nell'esigenza di garantire l'accesso a tali beni pubblici a tutti i soggetti cui spetta la gestione dei servizi pubblici, i quali debbono essere posti, in condizione di concorrere su un piano di parità. Questi ultimi disposizione costituisce, per vero, applicazione nel campo dei servizi a rete della *essentia factilis doctrine* che si ricollega al divieto di abuso di posizione dominante previsto dall'art. 82 Tce.

La disciplina generale, art. 113, comma 14 c), contempla però anche l'ipotesi che le reti, gli impianti e le altre dotazioni strumentali siano di proprietà di soggetti privati, i quali potrebbero essere autorizzati anche ad espletare i servizi — laddove le discipline di settore non impongono una separazione tra la gestione dei beni strumentali e l'erogazione del servizio — nel rispetto degli standard qualitativi, quantita-

tari, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente autorità di settore, nonché di alcuna competizione riguardante le tariffe. Siffatta consistente deroghe al vincolo della proprietà pubblica dei beni strumentali (retti, tubazioni, in parte compresa dall'esistenza a detta ipotesi dell'obbligo, previsto dall'art. 35, comma 9, L. 448/2001, per gli enti locali, che delegano in maggioranza del capitale di società di erogazione di servizi pubblici e che si trovano al contempo proprietari dei beni strumentali, di scoperti. A tale obbligo di scorporo sono però sottratte le società a partecipazione pubblica maggioritaria quotate in borsa, erogatrici del servizio e proprietarie dei beni strumentali (art. 35, comma 11, L. 448/2001), le quali, potendo alienare le proprie quote azionarie, non risultano sottoposte al vincolo della proprietà pubblica dei beni strumentali. Questi ultimi eventualmente può dirsi compensati dalla previsione, ex lege, di un diritto degli enti locali di uso perpetuo e inalienabile dei beni strumentali, volto a garantire, a prescindere dal soggetto proprietario, la destinazione pubblica di tali beni.

La gestione delle reti, anziché sia tendenzialmente accorpata all'erogazione del servizio locale, può essere eccezionalmente separata da quest'ultima nei casi individuati dalle discipline di settore (12). Tuttavia, è la stessa disciplina generale (art. 113, comma 4, c), a prevedere che gli enti locali possono affidare la gestione dei beni strumentali o in via diretta a società a partecipazione totalitaria pubblica, che abbiano i requisiti previsti per la configurazione quali società *in bonis* — v. *infra* par. 3.2 —, o a imprese private selezionate mediante procedure di evidenza pubblica. Tale duplice opzione, con riferimento all'affidamento della gestione dei beni strumentali, è riconducibile allo schema regola-eccezione (13) affidamento mediante pubblica gara-affidamento *in bonis* da intraprendersi nell'ambito di un regime di concorrenza per il mercato, posto che tale affidamento ha ad oggetto l'erogazione di un servizio pubblico.

3.2. *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali*. — In seguito alle modifiche apportate all'art. 113, D.lgs. 267/2000 dall'art. 14, D.l. 269/2003, conv. con mod. dalla L. 326/2003, nonché dall'art. 4, comma 24, L. 24 dicembre

(10) V. C. cost., 27 luglio 2004, n. 272.

(11) V. C. cost., 27 luglio 2004, n. 272. Peraltro, se la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, non sembra

(12) V. C. cost., 23 gennaio 2006, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it*.

2003, n. 350, la criticabilità della gestione dei servizi locali a rilevanza economica può essere assegnata secondo tre distinte modalità: «1) mediante procedura di gara ad evidenza pubblica a società di capitali, nel rispetto di determinati parametri e standard (v. art. 113, comma 7, D.lgs. 267/2000); 2) in via diretta a società mista a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria, nella quale il socio privato sia scelto mediante procedura di gara ad evidenza pubblica; c) in via diretta a società a capitale interamente pubblico a condizioni che gli enti pubblici (notari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti».

La prima forma organizzativa indicata, che presuppone l'esternalizzazione della gestione del servizio da parte dell'ente locale o della società in mano pubblica a cui siano conferiti in proprietà i beni strumentali, è anche l'unica che consente di individuare una pluralità di gestori tra i quali suddividere l'erogazione del servizio. Rispetto a tale modalità gestionale, che costituisce la regola in un sistema concorrenziale (concorrenza per il mercato), quella dell'*in house providing* — qualunque sia il tipo di gestione siano configurate dal legislatore italiano come equivalenti —, come hanno chiarito i giudici comunitari, ne rappresenta l'eccezione, posto che, ricorrendo le condizioni indicate dalla Corte di giustizia (v. il controllo analogo) e la destinazione dell'attività prevalente a favore del soggetto controllante (13), l'ente *in house* deve considerarsi non un'entità «esterna» bensì alla stregua dei servizi dell'ente controllante o degli enti controllanti sui quali sia esercitato un controllo diretto (14). Pertanto, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizio-

ni indicate «debbono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole giuridiche su cui ha da intendersi avvalersi» (15). Ne consegue che l'ente locale che intende avvalersi di tale forma gestionale è tenuto a dar conto, nella delibera di assunzione del servizio, delle ragioni eccezionali che giustificano siffatta deroga all'applicazione delle regole volte a garantire la più ampia libertà di concorrenza.

In altre recenti decisioni i giudici di Lussemburgo hanno meglio precisato alcuni elementi attinenti al requisito del controllo analogo e a quello della destinazione dell'attività prevalente a favore del soggetto controllante: «Con riferimento al primo, la Corte di giustizia ha, in particolare, statuito che: «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica, concedente esclude, in ogni caso, la detta autorità pubblica possa esercitare su una tale società un controllo analogo» (16). L'ente concessionario deve essere sottoposto ad un controllo che consenta all'autorità pubblica concedente di influenzare le decisioni, o meglio di influire tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti. L'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero (17). Per quanto attiene al secondo, gli stessi giudici comunitari hanno puntualizzato che: «è necessario che le prestazioni

del soggetto dedicato «siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale, e ogni altra attività risultante avere solo un carattere marginale, occorre considerare tutte le circostanze qualitative che quantificano: «1) il fatturato che il soggetto in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti, e indifferentemente con tale soggetto siano destinate all'amministrazione; 2) gli uffici/affiliati o agli utenti delle prestazioni; 3) non è rilevante sapere chi remunera le prestazioni del soggetto dedicato, potendo trattarsi tanto dell'ente controllante quanto di terzi utenti; 4) ininfluente il territorio sul quale le prestazioni sono erogate; nel caso che più enti locali controllino il soggetto dedicato, l'attività da prendere in considerazione per stabilire se viene realizzata la parte più importante è quella compiuta da tale soggetto con tutti gli enti pubblici controllanti (18)».

Per tenendo conto di tali statuizioni, deve rilevarsi come l'elaborazione fino ad ora raggiunta con riferimento a detti requisiti presenti ancora significativi margini di incertezza. Tra gli aspetti che debbono ancora essere approfonditi a deve annoverarsi la questione di quali siano gli strumenti che rendono configurabile un controllo analogo dell'ente locale su una società di capitali a partecipazione pubblica (forse, come hanno, infatti, posto in rilievo gli stessi giudici comunitari, laddove il controllo esercitato da un ente locale si rivolge a un potere che il diritto societario italiano riconosce alla maggioranza dei soci, ciò limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni della società dedicata (società *in house*) (19). La Corte di Lussemburgo, nella richiamata decisione *Carbotermo*, ha, ad esempio, escluso la sussistenza di un controllo analogo sulla base del rilievo che al consiglio di amministrazione della società *in house* erano stati riconosciuti ampi poteri gestionali, esercitabili in maniera autonoma. La questione di fondo, che

rimane irrisolta, è se, ed ex contrario, in che misura, possa trarsi dal diritto comunitario un tenore minimo cui attingere per assicurare un controllo analogo.

Peraltro, se, come si è detto — per l'attribuzione delle condizioni che rendono legittimo l'affidamento *in house* occorre far riferimento alla giurisprudenza comunitaria, non sembra che possa ricomparsi tale figura a carico o a istanza propri del nostro ordinamento al fine di assoggettarli al rispetto di una serie di regole e principi interni.

Opinioni diverse sono state espresse in ordine all'applicabilità o meno alle società miste a capitale pubblico-privato dei principi enunciati dai giudici comunitari in tema di *in house providing*. Il modello della società mista — che, come si è visto, costituisce la seconda modalità gestionale individuata dal legislatore nazionale — configura propriamente una forma di partenariato pubblico-privato (20). Di recente, il Consiglio di Stato in sede consultiva ha osservato come, per un verso, il modello della società mista sia stato delineato dalla disciplina generale come alternativo a quello dell'*in house providing*, essendo imposta soltanto nel primo una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, e, per l'altro, la Corte di Lussemburgo non si sia, fino ad ora, pronunciata in modo espresso circa la comparabilità o meno di tale modello con i principi comunitari, tanto più che tale verifica si condotta sulla base di un riscontro in termini di equiparabilità o meno tra la procedura di scelta del socio privato e quella di affidamento del servizio (21). È lo stesso alto Consesso amministrativo a precisare in quali circostanze anche il modulo della società mista configuri una modalità di affidamento all'esterno e, conseguentemente, possa considerarsi sussistente detta equiparazione. In primo luogo, si sottolinea, come con la gara volta all'individuazione del socio privato debba conferirsi anche la gestione del servizio. La procedura di gara deve dunque avere ad oggetto non soltanto l'individuazione del socio (che deve essere un socio non finanziario ma industriale) ma anche l'attribuzione al medesimo dei suoi compiti operativi

(13) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, in causa C-26/2003, e C. giust. CE, sez. I, sent. 6 aprile 2006, in causa C-110/2004, in *uris curia europaea*. Del resto, come hanno sottolineato anche i giudici del Consiglio di Stato (v. Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1514, in *uris giustizia amministrativa*), «l'*in house* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento».

(14) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/2004, nonché C. giust. CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, in causa C-26/2003, in *uris curia europaea*.

(15) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 13 ottobre 2005, in *uris curia europaea*.

(16) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, in causa C-310/2004, in *uris curia europaea*.

(17) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 11 maggio 2006, in causa C-340/2004, in *uris curia europaea*. Peraltro, ad avviso degli stessi giudici, il controllo detenuto da una società *holding* può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indeliberatamente controllare eventualmente l'esercizio dell'amministrazione, aggraviandone su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

(18) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 11 gennaio 2005, in causa C-310/2004, in *uris curia europaea*.

(19) V. C. giust. CE, sez. I, sent. 11 maggio 2006, in causa C-340/2004, in *uris curia europaea*.

(20) V. il Libro verde relativo al partenariato pubblico-privato ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla Commissione europea il 30 aprile 2004 (COM-2004-327).

(21) V. Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 450/2007, in *uris giustizia amministrativa*.

nell'espletamento del servizio o di parti del medesimo. In secondo luogo, occorre rammentare la procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento" ... evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista possibilmente prevedendo che singoli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita della società stessa ... per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario (221). Il Consiglio di Stato, che mostra di considerare preferibile il modello della società mista rispetto a quello dell'*in house* - costituendo quest'ultimo la negazione del mercato - rileva come anche la scelta del primo motore debba essere adeguatamente motivata, posto che si decide di non rivolgersi integralmente al mercato, al fine di configurare un controllo "interno", "organico", sull'operato del partner privato (unico gestore del servizio). Il quale deve trovare giustificazione in particolari esigenze di interesse pubblico (che nell'ordinamento italiano sono comunque individualmente dalla legge). È del tutto evidente che l'ente locale, essendo tenuto ad indicare le ragioni che lo inducono a non ricorrere ad un affidamento all'esterno integrale, deve effettuare una valutazione comparativa, anche in termini di costi-benefici, tra i due indicati modelli gestionali, che presuppongono, l'uno, un controllo esterno sul servizio (normalizzato e, l'altro, un controllo interno nell'ambito di una società di capitali appositamente costituita.

**4. I rapporti tra l'ente affidante e i gestori e la tutela degli utenti.** - Il principale strumento di disciplina dei rapporti tra enti locali e società di erogazione del servizio, da un lato, e società di gestione delle reti e degli impianti, dall'altro, nonché di regolazione dell'attività di gestione e costituita dal contratto di servizio. Con tale contratto (che è allegato ai capitolati di gara, raddove il gestore sia scelto mediante procedura di evidenza pubblica), vengono individuati, a livello dell'art. 115, comma 11, D.lgs. 267/2000, ai livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti, al fine di tutelare gli utenti. Il contratto di servizio è dunque uno strumento negoziato e al contempo di regolazione, con cui vengono definiti le modalità e il programma di gestione del servizio. I livelli

quantitativi e qualitativi di verifica e controllo, le sanzioni derivanti dagli inadempimenti, gli aspetti economici, ecc. Peraltro, eventuali inadempimenti del contratto di servizio, oltre che rilevanti nell'ambito del rapporto tra enti locali e società di erogazione del servizio, possono trovarsi in alcuni casi inadempimenti del singolo contratto di utenza - nella misura in cui quest'ultimo ne ricopra le prestazioni relative a diversi profili di erogazione del servizio - e, quindi, fondare pretese risarcitorie azionabili direttamente dagli utenti. Il regolamento negoziale definito dai contratti di utenza e poi destinato ad essere integrato dal contenuto delle carte dei servizi che sono in genere configurate come fonti di obbligazioni assunte inizialmente dal gestore ed aventi ad oggetto il perseguimento di un determinato risultato nello svolgimento del servizio. Ne deriva che anche l'inosservanza di quanto previsto dalle carte dei servizi può determinare situazioni di inadempimento contrattuale da parte del gestore.

Per quanto attiene ai mezzi di tutela individuale degli utenti del servizio pubblica, occorre preliminarmente distinguere gli strumenti di tutela aventi carattere processuale dai metodi di soluzione delle controversie alternative a mediazione. Con riguardo ai primi, assume rilievo la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie concernenti i rapporti individuali di utenza. Al riguardo, va osservato come sia ormai prevalente l'orientamento che, muovendo dal riconoscimento della natura contrattuale dei rapporti di utenza, configura la natura giuridica delle situazioni soggettive degli utenti di servizi pubblici in termini di diritti soggettivi - soprattutto dopo l'entrata in vigore della L. 281/1998 recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (C. Comaci) - e tutela dei quali vengono ammessi i rimedi previsti dal diritto comune. Ai contratti in esame, dunque, si applicherà la disciplina che il Codice civile detta con riferimento alle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.), ai contratti conclusi mediante modelli e formulari (art. 1342 c.c.) ed ai contratti del consumatore (art. 1469 *bis* e c.). Sotto il profilo processuale, la tutela può assumere natura risarcitoria e cautelare. Il contratto di utenza non costituisce però la fonte di tutti i diritti soggettivi spettanti agli utenti, potendo, talvolta, fungere soltanto da strumento di identificazione del titolare di diritti attribuiti direttamente dalla legge (ad es. l'obbligo di contrarre ex art. 2597 c.c., il diritto alla prestazione del servizio secondo standard di

qualità e quantità, ex art. 1, L. 281/1998, ecc.). Ne consegue un intervento delle possibilità di tutela degli utenti, potendo questi ultimi far valere la responsabilità degli esercenti anche in rapporto a comportamenti tenuto prima della stipulazione del contratto, più controversa è la questione se gli utenti dei servizi pubblici siano legittimati ad impugnare gli atti amministrativi con cui gli enti locali determinano le modalità di gestione del servizio (ad es. affidamento diretto in luogo di affidamento tramite gara). Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, i singoli utenti non sono legittimati ad agire, non vantando gli stessi un interesse a ricorrere (23). Un'ulteriore versante di tutela degli utenti è quello che si articola nei mezzi non giurisdizionali. La tutela non giurisdizionale degli utenti può essere assicurata tanto nell'ambito quanto al di fuori del rapporto privatistico di utenza. Nel primo caso, in particolare, vengono in rilievo le procedure di reclamo attivata e definite presso lo stesso gestore del servizio pubblico. Diversa è l'ipotesi in cui la tutela degli utenti venga assicurata dalle autorità pubbliche preposte alla regolazione e alla vigilanza. Sotto questo profilo, vengono in considerazione, per un verso, i poteri di regolazione, di controllo e di vigilanza spettanti all'autorità pubbliche e, per l'altro, le procedure di ricorso e di definizione delle controversie facenti capo alle medesime autorità o che si svolgono presso di esse. Con riguardo invece agli strumenti di tutela collettiva a degli utenti dei pubblici servizi, occorre far riferimento soprattutto all'art. 1469 *sextus* c.c. che - con il rinvio - prevede una specifica azione inibitoria proponibile dalle associazioni dei consumatori al fine di far cessare l'utilizzo da parte degli esercenti attività imprenditoriale (come ad es. i gestori di servizi pubblici) di clausole vessatorie ai sensi degli artt. 1469 *bis* e ss. c.c. Una valenza non solo inibitoria, ma anche propulsiva sembra invece connettere la rappresentativa e cessante delle associazioni rappresentative dei consumatori (ex l. 281/1998), che siano iscritte nell'apposito elenco istituito presso il Ministero dell'attività produttiva, ad agire giurisdizionalmente sia per l'inibizione di atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti (art. 3, comma 1, lett. *ai*, L. 281/1998 cit.), sia per chiedere al giudice di adottare le misure

risorse a correre o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate.

**5. Prospettive di riforma della disciplina generale.** - Un nuovo, ambizioso processo di riforma della disciplina generale è stato promosso con la presentazione il 7 luglio 2000 del disegno di legge governativo recante "Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali" (art. 2 della XV legislatura). Le linee di fondo lungo cui si muove tale proposta di riforma - il Ddl è stato, però, in varie parti modificato in sede di Conferenza unificata Stato, regioni e autonomie locali, nonché in Commissione affari costituzionali al Senato - possono essenzialmente compendiarli nella parziale liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici locali (24), nella residua e temporanea degli affidamenti in via diretta a società *in house* e a società miste (25), nell'affermazione del principio che la gestione dei servizi può essere externalizzata soltanto mediante procedure competitive ed evidenza pubblica (26), nell'esigenza di realizzare la massima razionalizzazione ed economia dei servizi locali, favorendo sia la gestione integrata di servizi diversi, anche mediante individuazione di bacini ottimali di utenza, sia quella associativa dei servizi soprattutto nei comuni più piccoli (27), nella distinzione tra funzioni di regolazione e attività di gestione dei servizi locali in un rafforzamento dei poteri di vigilanza e controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione di settore, ove costituite, che mira ad assicurare una effettiva tutela degli utenti dei servizi (28). Al fine, peraltro, di accrescere il livello di tutela degli utenti si prevede: che "ogni soggetto gestore di servizio pubblico locale debba temporaneamente pubblicizzare mediante mezzi idonei,

(24) V. l'art. 1 di tale Ddl, ove si contempla l'abrogazione dei regimi di esclusiva e di privativa non più conformi ai principi comunitari e la definizione di regole semplificate di accesso al mercato.

(25) V. l'art. 2, comma 1, lett. *aa* del Ddl, che stabilisce obblighi puntuali di monitoraggio, pubblicità e temporaneità degli affidamenti diretti, che l'ente locale deve altresì comunicare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione di settore.

(26) V. l'art. 2, comma 1, lett. *ai*, che fa salva la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia ovvero mediante aziende speciali.

(27) V. l'ispezione attuata le lett. *g* ed *h* del comma 1 dell'art. 2.

(28) V. in particolare l'art. 3, comma 1, lett. *ab* ed *ff*.

(221) V. Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 456/2007, cit.

a pena di revoca dell'affidamento, una carta dei servizi resi all'utenza, approvata dall'Autonomia competente e adottata in conformità ad un nesso con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, che si istituiscono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, specifiche sedi consultive per la definizione delle controversie aventi ad oggetto il rispetto dei parametri di qualità delle prestazioni erogate agli utenti, ferma restando la facoltà degli utenti di adire l'autorità giudiziaria; che si offrono, a spese del gestore, una verifica periodica della soddisfazione degli utenti, mediante l'esame dei reclami e mediante indagini e sondaggi di mercato, anche a campione, secondo le modalità definite dall'amministrazione affidataria in modo da garantirne l'obiettività (29).

Par non essendo possibile in questa sede analizzare le varie disposizioni del Ddl richiamate, deve porsi in rilievo come, appai naturalmente strettamente con le finalità cui si ispira l'impianto complessivo di tale disegno di legge, non, anziché esaltarne l'erosione dei servizi di rilevanza economica, decidere di gestirli mediante due vetuste forme organizzative (quella in economia e quella dell'azienda speciale), da tempo espunte dall'ordinamento e che dunque segnano un deciso ritorno al passato. Siffatta previsione appare ancor più illogica ove si consideri che, mentre il ricorso alle predette forme gestionali non è circoscritto a specifiche ipotesi, vengono prefigurati incisivi limiti alla possibilità per gli enti locali di continuare ad utilizzare forme organizzative più evolute, quali le società in house e le società miste (30).

**Bibliografia.** — B. BOSCHETTI, «La tutela degli utenti», in A. Travica (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35, legge 28 dicembre 2001, n. 448)*, in *Nuove leggi cit.*, 2003, p. 100 e ss.; G. CAIA, «La disciplina dei servizi pubblici», in L. MAZZASOLI, G. PERCI, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MENONCO, F.G. SERRA (a cura di), *Diritto am-*

(29) V. l'art. 3, comma 1, lett. *aa* *br* *cc*.

(30) A norma delle lett. *ba* e *ca* del comma 1 dell'art. 2 si consente, nei limiti delle procedure compatitive, l'affidamento della gestione del servizio locale in via diretta a società in house o a società miste, anche in situazioni che, per le peculiarità caratteristiche, economiche, sociali, ambientali e geo-ambientali del contesto territoriale di riferimento, non permettono un'effettiva ed utile ricorso al mercato.

ministrativo, F. Bologna, 1998; Montuza, Il cd. l. p. 917 e ss.; De. «I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi», premesse di inquadramento», in *http://www.guest-zac.com/ministri*; M.P. CUNZI, «Innovazione. Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste», in M.P. CUNZI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 13 e ss.; M. CLARIC, «Aspiranza europea e giudici nazionali», in M.P. CUNZI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 71 e ss.; A. CONA, «Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici», in A. CONA (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 11 e ss.; G. COSE, «La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato», in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, p. 21 e ss.; M. DI CARO, «Servizi pubblici locali», in S. CASSISI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, II ed., p. 2581 e ss.; F. LECI, «I servizi pubblici locali contabili», in *La tutela mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004; G. NARDUSSO, *Regole di mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. PERCI, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; D. SORACE, «Servizi pubblici locali e iniziativa privata», in *Economia pubblica*, 1993, p. 11 e ss.; S. VASSONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; R. VILATA, *Pubblici servizi. Disciplina e problemi*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2006.

Andrea Mattioli

**SERVIZI SOCIALI**

**1. Diritto all'assistenza e servizi sociali.**

— La nozione di servizi sociali non ricorre nella Costituzione ed è stata introdotta dai decreti legislativi che hanno trasferito le competenze legislative alle regioni e ridefinito le attribuzioni amministrative e degli enti locali. La legislazione degli anni '70 (che ha operato i primi trasferimenti di competenze) adottava una declinazione ampia dei servizi sociali, che comprendeva varie tipologie di prestazioni, riferite sia ai bisogni della persona che a quelli della popolazione (nell'elenco dei settori riferibili ai servizi

sociali dell'art. 17 (Dlgs. 616/1977, figuravano l'assistenza e beneficenza, l'assistenza sanitaria, l'assistenza artigiana e la formazione professionale, ma anche la polizia urbana, i musei e le biblioteche) (1). Gli interventi normativi degli anni '90 hanno delimitato e specificato le prestazioni in relative ai servizi sociali (art. 128, Dlgs. 112/1998, infatti definisce i servizi sociali come tutte le attività relative alla predisposizione e alla erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia. Tale definizione è confermata dalla L. 8 novembre 2000, n. 328 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), che ha costituito il primo intervento normativo statale organico nel settore.

La nozione di servizi sociali, pertanto, si è progressivamente delineata come ambito di prestazioni volto a soddisfare i bisogni degli individui. Tali servizi oggi costituiscono un settore distinto anche dagli altri servizi alla persona, in specie da quelli sanitari, con cui pure presentano forti integrazioni. Tuttavia i servizi sociali hanno un contenuto flessibile, poiché le prestazioni che ne sono oggetto sono scarsamente tipizzabili: la connotazione principale dei servizi sociali è infatti proprio la loro personalizzazione, ossia la differenziazione degli interventi assistenziali in funzione dei bisogni dei destinatari. Ciò determina anche una forte rilevanza della relazione interpersonale fra chi eroga e chi riceve il servizio.

Dal punto di vista oggettivo, si possono quindi considerare riferite ai servizi sociali tutte le attività che, in vario modo, servono a dare attuazione al diritto all'assistenza, sancito nell'art. 38 Cost., comma 2. Peraltro la disciplina legislativa dei servizi sociali ha ampliato progressivamente l'ambito soggettivo di garanzia del diritto all'assistenza rispetto alla formazione della norma costituzionale. Quest'ultima infatti riconosce espressamente il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale solo ai cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere. Tuttavia, dopo il trasferimento alle regioni delle competenze legislative in materia di assistenza e beneficenza (secondo l'originaria formulazione dell'art. 117 Cost.), si è affermata una lettura del diritto all'assisten-

za riconducibile all'art. 38 Cost. più coerente con la forma di Stato sociale delineata dagli art. 2 e 3 Cost., ed in specie con il principio della dignità della persona che ad esso è legato in assenza di una legge quadro statale, emanata solo nel 2000. La legislazione regionale ha infatti progressivamente riconosciuto il diritto all'adempimento delle prestazioni dei servizi sociali a tutti i cittadini, che si trovano determinate situazioni in diverse fasi e situazioni di vita (si pensi agli interventi a favore dei minori, degli anziani, dei disabili), a prescindere dal possesso di particolari qualificazioni soggettive o dall'appartenenza a specifiche categorie. Tale scelta è stata poi confermata dalla legislazione statale e in specie dalla L. 328/2000.

Il diritto all'assistenza è quindi riconosciuto come diritto della persona in quanto tale, secondo una visione di tipo universalistico, la cui natura egualitaria rende tuttavia più stringente anche la garanzia costituzionale a favore degli individui che appartengono alle fasce socio-economiche più deboli della società. Tale diritto ha così assunto una più chiara connotazione anche rispetto al diritto alla previdenza, disciplinato dallo stesso art. 38 Cost., comma 2, che resta invece strettamente collegato alla qualità di lavoratore del suo titolare.

Alla garanzia dei diritti sanciti dall'art. 38, secondo la stessa norma costituzionale, provvedono «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato». Da tale previsione deriva il compito dei poteri pubblici di assicurare la soddisfazione del diritto all'assistenza attraverso la predisposizione di servizi sociali, almeno in una misura corrispondente alla garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni che, secondo l'attuale art. 117 Cost., devono essere garantite su tutto il territorio nazionale.

L'art. 38 Cost. riconosce infine la libertà dell'assistenza privata, nel rispetto della tradizionale presenza di un rilevante intervento di soggetti privati che operano per finalità di tipo solidaristico e non lucrativo nel settore assistenziale. Tale riconoscimento, dopo l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 ultimo comma Cost., con la riforma del Titolo V della Costituzione.

**2. I servizi sociali nella disciplina della**

**1. 8 novembre 2000, n. 328.** — La competenza ad erogare i servizi sociali è dei comuni (art. 152, Dlgs. 112/1998 e art. 6, L. 328/2000). Alle province spettano compiti di studio e supporto

# IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

*Commentario sistematico a cura di*

FABIO SAIFFA

*Autore della prefazione: ANTONIO M. DI NUNNO*

*Autore della prefazione: ANTONIO M. DI NUNNO*

*Autore della prefazione: ANTONIO M. DI NUNNO*



CEDAM

VIA S. PIETRO 100 - 00187 ROMA - TEL. 06/4781111

2008

## CAPITOLO X

### QUALIFICAZIONE PER ESEGUIRE LAVORI PUBBLICI E NORME DI GARANZIA DELLA QUALITÀ

di FRANCESCO SICILIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Evoluzione del quadro normativo sul sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici fino all'art. 40. - 2.1. *Segue:* l'Albo Nazionale Costruttori. - 2.2. *Segue:* il nuovo sistema di qualificazione come previsto dalla Legge Merloni e dal Regolamento Borgone e s.m.i. - 2.3. *Segue:* il sistema di qualificazione nel Codice ed i compiti delle SOA. - 3. Il profilo sanzionatorio. - 4. Riflessioni sistematiche sulla natura giuridica della SOA. Tratti essenziali e significativi della SOA. - 4.1. *Segue:* sulla natura giuridica dell'attività di certificazione svolta dalla SOA. - 4.2. *Segue:* l'attività di certificazione come esplicitazione di funzione pubblica. - 4.3. *Segue:* la SOA e il modello organizzativo di riferimento. Riepilogo e rilievi critici sulla funzione pubblica nella riforma in esame. - 5. Proposta di un'interpretazione alternativa e profili problematici connessi. - 6. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione.*

La disciplina in oggetto, nel recepire la normativa comunitaria di riferimento (1), si ispira alla legislazione nazionale previgente (2), contemplando il sistema unico di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici (art. 40) e, con un ambito oggettivo di applicazione relativo anche al settore dei servizi e delle forniture, il sistema che potremmo definire di assicurazione della qualità dell'operatore economico (art. 43) che si pone a monte del primo.

Il riferimento congiunto alle due norme appena richiamate permette di poter evidenziare la confermata preferenza del legislatore comunitario e nazionale verso sistemi unici ed omogenei di qualificazione.

Essi non solo sono tesi ad orientare l'azione amministrativa nella direzione del buon andamento, ma rappresentano, altresì, passando sul versante degli operatori privati del settore, garanzia di *par conditio* e di accesso al mercato comunitario.

(1) Art. 47-49 dir. 2004/18.

(2) Art. 8 e 9 l. n. 109/94; art. 39 D.lgs. n. 157/95.



Alla sola condizione che simili meccanismi, i quali fanno leva su attestazioni e certificazioni, rimangano insensibili a logiche distorsive<sup>(3)</sup>.

Si ritiene opportuno, pertanto, muovere lo studio verso due obiettivi:

Il primo è quello dell'indispensabile aggiornamento, maggiormente giustificato dal frenetico ritmo di produzione legislativa che ha già portato a tre interventi correttivi del Codice<sup>(4)</sup>.

L'altro, forse meno effimero, è di indagare sulla natura giuridica dei soggetti responsabili di tali sistemi di qualificazioni e operare alcune riflessioni di carattere generale, con particolare riferimento alle SOA ed ai loro rapporti con l'Autorità di vigilanza<sup>(5)</sup>.

## 2. *Evoluzione del quadro normativo sul sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici fino all'art. 40.*

Il sistema unico di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici non costituisce intuitivamente una novità introdotta dal Codice, ma risale alla l. n. 109/94 e s.m.i. ed alla sua disciplina regolamentare.

Tale sistema di qualificazione, affidato alle SOA (Società Organismi Attestazione) che hanno il compito di rilasciare le omonime attestazioni e fanno capo (vedremo meglio più avanti in che termini) ad un'autorità (Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ora Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) fa delle omonime attestazioni un imprescindibile lasciapassare per la partecipazione delle imprese di settore alle gare per l'affidamento di lavori pubblici.

Le SOA, che hanno la veste di società per azioni<sup>(6)</sup>, costituiscono, dunque, uno dei punti cardine attorno a cui ruota il nuovo meccanismo di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici e, nonostante l'istituto sia di recente conio, è stato già sottoposto a continui *resvings* normativi.

In tale prospettiva, l'art. 40 rappresenta solo l'ultima tappa di un lungo processo di riforma, di cui è doveroso dare, seppur sinteticamente, contezza, al precupito fine di comprendere i tratti essenziali della disposizione in commento.

Inoltre, non sembra potersi comprendere il reale tasso di innovazione che connota l'attuale sistema di qualificazione senza operare anche un breve cenno a quello previgente<sup>(7)</sup>, che imponneva alle singole imprese, le quali intendessero

(3) Significative in proposito, le perplessità di A. CLARIZIA, *L'attestazione SOA tra pubblico e privato*, nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 maggio 2004, n. 2125, in [www.giustiziam.it](http://www.giustiziam.it).

(4) L'ultimo è costituito dal decreto legislativo 31 luglio 2007 n. 113.

(5) Per un'organica e completa trattazione delle funzioni e dei poteri dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si rinvia al commento agli artt. 6-8,

(6) Ai sensi dell'art. 7 D.P.R. n. 34/00, il capitale sociale deve essere almeno pari ad un miliardo delle vecchie lire, mentre nell'art. 62 dello schema dell'emando regolamento di esecuzione, di cui all'art. 5 del Codice, deve essere pari ad almeno 1.000.000 di €.   
 (7) Per qualche cenno, con interessanti riferimenti giurisprudenziali, cfr. A. CIANFLORE -

partecipare alle gare per l'affidamento dei lavori pubblici, l'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Costruttori.

## 2.1. *Segue: l'Albo Nazionale Costruttori.*

Ai sensi e per gli effetti della l. 10 febbraio 1962 n. 57 e s.m.i.<sup>(8)</sup>, un'impresa, con sede in territorio nazionale, che aspirava all'ammissione alle gare pubbliche bandite dallo Stato o dai vari enti pubblici, doveva essere obbligatoriamente provvista dell'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori, previa presentazione di apposita istanza (art. 12), corredata di documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale previsti dalla legge (artt. 13, 14 e 15); al Comitato centrale -- istituito presso il Ministero dei Lavori Pubblici con un sistema di composizione tassativa (art. 6) -- e depositata presso il Comitato regionale (anch'esso a composizione tassativa e di nomina ministeriale).

Spettava al suddetto Comitato, qualificato alla stregua di organo pubblico<sup>(9)</sup>, nell'ambito dell'ampia e generale competenza alla formazione, tenuta e pubblicazione del suddetto Albo (art. 6), iscrivervi l'impresa richiedente, sulla base della pratica istruita dall'organo regionale, nonché, nei casi previsti dalla legge (artt. 20 e 21), sospendere l'iscrizione stessa, fino addirittura a disporre la cancellazione.

Spettava, altresì, al Comitato centrale il rilascio, a fini probatori, del certificato di iscrizione all'Albo valevole per un anno, che l'impresa interessata avrebbe prodotto alle stazioni appaltanti (art. 17).

Nella ricostruzione giurisprudenziale, l'iscrizione all'Albo da parte del Comitato centrale si atteggiava alla stregua di un provvedimento costitutivo e non meramente dichiarativo, nonostante la natura vincolata dell'attività svolta -- la cui emanazione realizzava il perfezionamento della fattispecie di attribuzione di uno *status* (10) (di impresa qualificata) o, secondo altra preferibile versione, di una qualità giuridica di carattere personale (11) (come tale trasmissibile, a diffe-

G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 269, nota 4<sup>v</sup>, anche A. CASCINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le SOA*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 549 e ss.

(8) Si tratta della l. 15 novembre 1986, n. 768, recante «*Ulteriori norme per l'aggiornamento dell'Albo nazionale dei costruttori*».

(9) Cfr. giurisprudenza citata alla nota successiva.

(10) In particolare, cfr. Cons. St., Sez. V, 23 luglio 1994, n. 800, in *Cons. St.*, 1994, I, 1076-13 giugno 1998, n. 830, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 342, secondo cui *«l'acquisto dell'iscrizione all'A.N.C. è posseduto solo a seguito della materiale iscrizione all'Albo stesso, e non nel momento in cui l'organo competente si sia pronunciato sulla relativa domanda»*. Del medesimo ordine di idee, anche la Corte dei Conti (Sez. contr., del. 22 giugno 1993, n. 102, in [www.cancorrevconti.it](http://www.cancorrevconti.it)), che ha ritenuto appunto che *«l'iscrizione all'Albo, quale requisito soggettivo necessario dell'appaltatore, deve sussistere fin dal momento della stipulazione del contratto d'appalto ... poiché ... è un presupposto dell'affidamento dei lavori, né può avere effetto scante la sopravvenuta iscrizione all'Albo»*.

(11) Cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 16 marzo 1993, n. 247, in *Cons. St.*, 1993, I, 405; T.A.R. Puglia, Lecce, 18 settembre 1991, n. 558, in *T.A.R.*, 1991, I, 4036.

penza dello *status* in senso proprio), cui era subordinata la possibilità di partecipazione di ogni ditta alla singola gara d'appalto.

La medesima giurisprudenza qualificava l'iscrizione in parola come ammissione costitutiva, in considerazione della qualità per essa conferita al soggetto in termini di legittimazione speciale a partecipare alle gare pubbliche ed a stipulare gli accessivi contratti (12).

2.2. Segue: *il nuovo sistema di qualificazione come previsto dalla Legge Merloni e dal Regolamento Borgone e s.m.i.*

Con la istituzione della SOA, il sistema di qualificazione è radicalmente mutato.

Nel presente paragrafo si tratteranno i profili più significativi che coinvolgono, oltre ad essa, senza sculare dal tema assegnato, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, previsti e disciplinati prima dell'entrata in vigore del Codice.

La fonte normativa di primario interesse ai nostri fini è costituita dal D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (13), noto per aver segnato, appunto, in attuazione della l. n. 109/94 e s.m.i. (cd. legge Merloni) (14), la riforma del sistema di qualificazione delle imprese che aspirano ad accedere al mercato dei lavori pubblici.

La suddetta riforma è consistita sostanzialmente nel sostituire l'obbligo di iscrizione all'abrogato Albo Nazionale Costruttori con il rilascio, su richiesta dell'impresa interessata, da parte della SOA, dell'attestazione omonima, atto conclusivo di un procedimento che (ovviamente, in caso di esito positivo) consente «di individuare in capo a determinati soggetti il possesso (15) di requisiti

(12) Sulla scorta di tale orientamento, è stata, invece, ritenuta la natura ricognitiva della certificazione in aumento dell'iscrizione stessa, in quanto incidente solo sul profilo del *quantum* di capacità (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 27 febbraio 1990, n. 108, in *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, 55).

(13) Si tratta del Regolamento (cd. delegato o di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, comma 2 l. n. 400/88) recante l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8, comma 2 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 che è stato, peraltro, oggetto di modifiche, integrazioni e sostituzioni ad opera del D.P.R. 10 marzo 2004 n. 93. Per un'analisi di carattere generale, R. DALOSO, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urb. e appa.*, 2004, 898 e ss.

(14) In particolare, dell'art. 8 di tale legge che ha individuato a grandi linee i soggetti coinvolti nel nuovo sistema di qualificazione, la cui attuazione è demandata agli «organismi di diritto privato di attestazione», previa «autorizzazione» da parte dell'Autorità di vigilanza, a seguito di parere obbligatorio di un'apposita commissione consultiva (comma 3).

Come già anticipato, la struttura portante del sistema di qualificazione non è stata intaccata dalla riforma del Codice (v., in particolare, art. 6 e 40), in base alla quale permane il meccanismo autorizzatorio dell'Autorità di Vigilanza in capo alla SOA che rilascia l'omonima attestazione.

(15) *«In tema di appalti di lavori pubblici, l'intervento rinuncia all'attestazione SOA nelle more del giudizio non può non implicare anche, seppure implicitamente, rinuncia all'aggiudicazione, in quanto l'intervento coerenza di certificazione SOA determina l'impossibilità giuridica della sottoscrizione del relativo contratto d'appalto da parte dell'aggiudicatario».*

giuridici, organizzativi, finanziari e tecnici, necessari per realizzare lavori pubblici» (art. 2, lett. c), D.P.R. n. 34/00 (16) e, conseguentemente rilevante come documento con efficacia probatoria del possesso dei suddetti requisiti (art. 2, lett. p), D.P.R. n. 34/00).

Altra funzione della SOA è quella di attestare, ai sensi dell'art. 4, comma 3, D.P.R. n. 34/00, in capo alle singole imprese richiedenti, l'avvenuta acquisizione della certificazione di qualità aziendale (17) ovvero il possesso della dichiarazione sulla presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate dai «organismi di certificazione» accreditati, di cui alla lett. h) dell'art. 2 D.P.R. n. 34/00 (18).

In sintesi, il meccanismo (19) del nuovo sistema di qualificazione delle imprese incentrato sull'attestazione SOA è il seguente.

L'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'art. 10 D.P.R. n. 34/00 (20), «autorizza

*inter alia*, ai sensi della *tab. 4 allegata al D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34*, è precisato che la qualificazione è requisito, sia per la partecipazione alla gara sia, anche, per l'esecuzione dei lavori, sicché il venir meno della qualificazione dell'impresa, certificata dalla SOA, determina la mancanza di uno dei presupposti giuridici necessari per l'esecuzione del contratto» (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 20 gennaio 2006, n. 176, in *Foro amm.* - T.F.R. 2006, 354).

(16) La formula è ripresa, con qualche modifica meramente terminologica e formale, dall'art. 8, comma 3, lett. c) l. Merloni e s.m.i., laddove si fa riferimento a «requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunicate in materia di qualificazione».

L'art. 40, comma 3, lett. b) del Codice ha ripreso quanto disposto dall'appena indicata norma, specificando, altresì, che «tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti».

In realtà, il riferimento del D.P.R. n. 34/00 ai requisiti giuridici finisce per ricondursi ai «requisiti d'ordine generale», rassegnati al successivo art. 17 (cfr. ora art. 45 dfr. 2004/18 CE ed art. 38 del Codice), che vengono distinti, così, dai «requisiti di ordine speciale» relativi ai profili tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui all'art. 18.

(17) Ai sensi del combinato disposto dell'art. 8, comma 4, lett. c) l. Merloni e s.m.i. e dell'art. 4 e dell'Allegato B al D.P.R. n. 34/00, il requisito del possesso di certificazione di qualità per la partecipazione ad una gara pubblica è entrato gradualmente in vigore, con riferimento all'applicazione delle norme UNI EN ISO 9000, dal 2003 per le gare di importo superiore a 30 miliardi di lire e, cioè, per le classifiche VI e VII; dal 1° gennaio 2005, per le gare di importo compreso tra 1 e 10 miliardi di lire e, cioè, le classifiche III, IV e V; Restano esentate, ai sensi dell'art. 8 l. Merloni, le gare sotto la soglia dei 500.000 euro. L'allegato B al D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, dunque, per le classifiche I<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>, prevede che non sia dovuta la certificazione della gestione per la qualità.

(18) In maniera esattamente conforme a quanto previsto dall'art. 8, comma 3, lett. a) e b) l. Merloni (ora art. 40, comma 3, lett. a) e b) del Codice).

(19) Esso è stato perfettamente sintetizzato, per un migliore approccio alla problematica, anche per una ricostruzione storica del sistema di qualificazione delle imprese anteriori all'istituzione dell'Albo Nazionale Costruttori, da A. CIANFIONE - G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 276 e ss.

(20) L'art. 65 dello schema dell'emanando regolamento di esecuzione, di cui all'art. 5 del Codice, richiama pedissequamente il succitato art. 10, aggiungendovi il seguente comma