

Carullo, Gherardo. 2015. «Aiuti di stato: La “modernizzazione” del ruolo dello “Stato finanziatore” quale motore dello sviluppo dei Servizi di interesse economico generale». *Concorrenza e mercato* (1):5–35.

**AIUTI DI STATO:
LA “MODERNIZZAZIONE” DEL RUOLO DELLO “STATO
FINANZIATORE” QUALE MOTORE DELLO SVILUPPO
DEI SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE**

di Gherardo Carullo (*)

Abstract

Il contributo affronta il tema delle compensazioni per oneri di servizio pubblico analizzando la disciplina europea sugli aiuti di Stato alla luce del pacchetto sulla “modernizzazione” ed il modo in cui questa possa influire sul ruolo che lo Stato può giocare nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale.

L'Autore esamina anzitutto le varie modalità attraverso cui la Commissione, recependo i precedenti indirizzi giurisprudenziali ed aggiornando i preesistenti riferimenti normativi, valuta le compensazioni per oneri di servizio pubblico, dai criteri *Altmark* sino al giudizio di compatibilità di misure che astrattamente costituiscono un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, Tfu.

L'analisi prosegue concentrando l'attenzione sulle disposizioni settoriali del pacchetto sulla modernizzazione lungo due direttrici: da un lato, viene rilevata l'intenzione della Commissione di verificare la compatibilità della scelta degli Stati membri di qualificare un servizio come di interesse economico generale; dall'altro, vengono esaminati i limiti entro cui la Commissione stessa anticipa che sia possibile considerare determinate attività quali *Sieg e*, quindi, in quali casi possano ritenersi adeguate le compensazioni eventualmente erogate dallo Stato.

In chiusura viene dunque svolta una breve riflessione circa le ulteriori limitazioni che possano discendere, dal rinnovato contesto in materia di aiuti di Stato, al ruolo che l'Autorità pubblica si può ritagliare nel settore dei servizi di interesse economico generale.

The article deals with the issue of compensation for public service obligations, especially in light of the “modernisation package”. The aim of the contribution is to verify to what extent the application of State aid rules may affect the decisions of public Authorities on the provisioning of such services of general economic interest and, more generally, on the role that public authorities may play in this field.

Given the inherent tension between public services and competition law, the Author first examines the various ways in which the Commission tends to consider the compen-

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso la medesima Università, LL.M. presso il King's College di Londra.

sations for public service obligations in two key areas: measures falling under the *Altmark* criteria, and measures that constitute an aid under Article 107, paragraph 1, Tfeu.

The Author then continues by analysing the provisions of the modernisation package in two main directions: on the one hand he analyses how the Commission intends to scrutinize, and to what extent, the choices of Member States to qualify certain activities as services of general economic interest. On the other side, it is investigated to what extent compensations paid by the State can be considered adequate.

The Author traces then some conclusions regarding the limited role that the State is called to play, even in the services of general economic interest.

Parole chiave:

Concorrenza, aiuti di Stato, servizi di interesse economico generale, compensazioni, servizio universale.

Classificazione JEL:

K21 — Antitrust Law; K23 — Regulated Industries and Administrative Law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Cenni in merito all'approccio *in crescendo* del pacchetto Almunia: dall'esenzione *ex ante* alla verifica *ex post* delle compensazioni per oneri di servizio pubblico. — 3. Qualifica di Sieg nel pacchetto sulla modernizzazione: tra discrezionalità degli Stati membri e valutazione della Commissione. — 4. La particolare attenzione al tema delle sovracompenzazioni nel pacchetto sulla modernizzazione e sue implicazioni. — 5. La tendenza ad evitare sovvenzioni aventi finalità di sostegno dell'attività economica nelle discipline di settore del pacchetto sulla modernizzazione. — 6. L'indifferenza dei criteri di calcolo dei compensi per oneri di servizio pubblico rispetto al modello di gestione, interno od esterno, di un servizio. — 7. Le conseguenze in ordine alla possibilità di ricorrere ad un affidamento *in house* per la gestione di un servizio pubblico derivanti dalla disciplina degli aiuti di Stato sulle compensazioni. — 8. Conclusioni: il ruolo dello Stato quale mero garante degli oneri di servizio pubblico in un'ottica di incentivazione della concorrenza per il miglioramento del servizio.

1. Introduzione.

La naturale connessione esistente tra il tema dei servizi di interesse economico generale (di seguito, Sieg) e la disciplina degli aiuti di Stato ha spesso portato gli interpreti, le Istituzioni europee e la giurisprudenza ad occuparsi delle modalità attraverso cui coesistono i due opposti interessi che ne stanno alla base ⁽¹⁾: da un lato, la

(1) Si legge nella recente Comunicazione della Commissione relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2012/C 8/03) (di seguito, Comunicazione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico), « affinché taluni servizi di interesse economico generale ("Sieg") funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti, può rendersi necessario un sostegno finanziario da parte delle autorità pubbliche qualora le entrate derivanti dalla fornitura del servizio non permettano di coprire i costi relativi agli obblighi di servizio pubblico ». Sulla complessità delle questioni che vengono in gioco pare sufficiente citare A. BIONDI, *BUPA v. Commission: annotation*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2, 2008, p. 401, il quale propone un'eloquente metafora per descrivere la sentenza annotata: « the 348 paragraphs are a sort of ghost train that moves slowly through a tunnel decorated with a series of spooky EU issues: the tension between fair competition, market integration and the preservation of certain nation state competences, the notion of services of general economic interest (Sgei), the application of the four Altmark criteria and the proportionality assessment within article 86(2) ». In

tendenza di alcuni Stati membri ad erogare le prestazioni tipiche dello Stato sociale ⁽²⁾, anche secondo modalità atte a garantire il servizio universale ⁽³⁾; dall'altro, la connaturale esigenza del diritto europeo, funzionale allo sviluppo del mercato interno, di evitare interventi statali nell'economia distorsivi delle normali condizioni di mercato ⁽⁴⁾.

Si tratta di questioni di notevole complessità, come ben testimonia la copiosa dottrina che se ne è occupata ed alla quale si può perciò rinviare per l'approfondimento delle relative questioni preliminari, a partire dalla stessa nozione di servizio di interesse generale ⁽⁵⁾ e la relativa distinzione, tipica dell'ordinamento europeo, tra attività aventi,

giurisprudenza, per tutte basta citare la nota sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, caso C-280/00, *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I-7747, da ultimo richiamata pure nella più recente sentenza dell'8 maggio 2013, casi riuniti C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, in *Racc. dig.*, punti 84-102, in proposito cfr. M. WALTER, *One Year into the State Aid Modernisation Initiative: Proceedings of the 11th ESTALI Experts' Forum, Brussels, 6-7 June 2013*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 4, 2013, p. 761.

(2) Come infatti sottolinea A. ALEMANNO, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 197, « è prassi che per agevolare lo svolgimento di tale missione d'interesse generale gli Stati membri versino determinate somme dirette a compensare i costi aggiuntivi sostenuti dai fornitori di tali servizi per l'adempimento di un mandato di servizio pubblico ». Giova peraltro in proposito ricordare che lo scopo perseguito da una misura non incide in alcun modo sulla natura, o meno, di aiuto statale ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, T.fue. Tale nozione resta infatti indifferente agli scopi perseguiti dall'Autorità pubblica, come pacificamente affermato sin dalla sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, nella causa 173/73, *Italia c. Commissione*, pp. 27-28, ove si legge che « l'art. 92 non distingue gli interventi di cui trattasi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti. Di conseguenza, né il carattere fiscale, né il fine sociale del provvedimento in questione sarebbero comunque sufficienti a sottrarlo all'applicazione dell'art. 92 ». Sulle varie modalità attraverso cui, storicamente, tale trasferimento si realizza, cfr. L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2008, par. 2.

(3) Sul che, per tutti, cfr. l'ancor attuale contributo di G.F. CARTEI, *Il Servizio Universale*, Giuffrè, Milano, 2002.

(4) Riassuntivamente, il problema è ben spiegato da M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2004, par. 4, il quale sottolinea che non può esservi « nessuna sovvenzione, diretta o indiretta, se non determinata dall'attribuzione alla società di compiti oggettivamente non remunerativi di interesse pubblico e nella misura strettamente corrispondente alla copertura di quei costi ».

(5) Tra i numerosi contributi sul punto, si possono ricordare: G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010; M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1; D. CAHILL, *The Ebb and Flow, the Doldrums and the Raging Tide: Single Market Law's Ebb and Flow over Services of General Economic Interest, the Legal Doldrums over Services of General Interest, and the Raging Tide of Article 106(2)(ex Art 86(2)) over State Aid & Public Procurement*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 5, 2010, par. 2; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2008; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti; G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. IV, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 1806; N. BASSI, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2006, p. 69; G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, p. 1219; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Mulino, Bologna, 2005; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2005, p. 1351; A. GUALDANI, *I servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale*, in A. Travi (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, CEDAM, Padova, 2003; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2001, p. 479.

o meno, rilievo economico ⁽⁶⁾. Dunque, pur senza trascurare l'ampiezza stessa che tale nozione ha ormai assunto, così come la crescente attenzione serbata dalle Istituzioni europee anche all'ambito dei servizi privi di rilievo economico ⁽⁷⁾, in questa sede ci si occuperà esclusivamente di verificare come le recenti disposizioni per la modernizzazione degli aiuti di Stato possano influire sul ruolo che lo Stato è chiamato a giocare nel campo dei servizi di interesse economico generale.

Il tema, infatti, appare oggi di speciale rilievo e ciò anche in ragione di alcune importanti novità introdotte dal Trattato di Lisbona, tra cui in particolare l'esplicito riconoscimento che lo sviluppo dell'Europa si deve basare, tra gli altri, su un'economia sociale di mercato ⁽⁸⁾. La teoria economica che sta alla base di tale enunciazione, com'è facile immaginare, è connotata da molteplici e complesse sfumature ⁽⁹⁾. Sicché, per quanto interessa in questa sede, si può sinteticamente ricordare quella dottrina che ha spiegato che, secondo tale concezione, tra iniziativa imprenditoriale e Stato — inteso quale potere autoritativo —, dovrebbe essere la prima a prevalere, salvo l'intervento

(6) La distinzione rilevante in sede europea, infatti, come chiarito dalla dottrina citata alla nota precedente, è tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale (quindi privi del carattere economico), mentre la categoria nazionale dei c.d. servizi sociali non sempre coincide perfettamente con tale ultima nozione. Sul punto cfr. anche C. ACOCELLA, F. LIGUORI, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 3, 2008, par. 2, secondo i quali « la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale va considerata come "un'attività economica" conformemente agli art. 43 e 49 del Trattato UE ». Spiega, infatti, F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, Cit., par. 3, che « l'attività non è economica o, invece, sociale secondo l'assenza o la presenza di finalità sociali nella disciplina che la riguarda. La scriminante risiede piuttosto nella possibilità che operatori economici che agiscono per scopo di lucro offrano lo stesso tipo di servizio e, quindi, nell'esistenza, attuale o potenziale, di un mercato sul quale i servizi delle gestioni previdenziali si potrebbero porre in concorrenza con quelli offerti dalle società di assicurazione ». Sul tema si vedano anche A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. Chiti; G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, vol. IV, II Ed., Giuffrè, Milano, 2007, ed anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 150, il quale afferma che « una netta distinzione tra servizi economici e servizi sociali non è sempre agevole ». In ragione di tale asincronia, L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, par. 5, ha affermato che in merito alla nozione di « interesse economico generale (...) » sarebbe opportuno giungere a principi comuni ».

(7) Infatti, come sottolinea G.F. CARTEL, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2007, p. 627 ss., « in tempi recenti l'originaria indifferenza nei riguardi della disciplina dei servizi sociali ha ceduto il passo ad una diversa prospettiva da parte degli organi comunitari », per cui non si può escludere che in futuro i ragionamenti qui condotti non debbano essere estesi anche ai servizi privi di rilevanza economica.

(8) Come noto, infatti, con il Trattato di Lisbona si è solennemente sancito già dall'articolo 3, paragrafo 3, del TUE, che l'Unione « si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva ». Ma si tratta di ispirazione che, secondo una condivisibile lettura, già poteva dirsi propria anche delle formulazioni precedenti dei Trattati, cfr. M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, in *Conc. Merc.*, 1, 2013, p. 827. Pur con la precisazione che, naturalmente, si tratta di evoluzioni comunque relativamente recenti, posto che, come afferma C.-D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, in *CML Rev.*, 37, 2000, p. 540, « during the first decades of the EC, there was no "competition culture" comparable to the one we have today. French planning concepts were opposed to Germany's "Soziale Marktwirtschaft" ».

(9) Sul che, per tutti, si rinvia A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Dir. commercio internaz.*, 3, 1995, il quale, nel confermare che i valori dell'economia sociale di mercato sono immanenti all'ordinamento europeo già da epoca anteriore al Trattato di Lisbona, svolge un'approfondita analisi dei molteplici equilibri su cui l'Unione Europea si fonda.

complementare dell’Autorità pubblica ove il mercato non sia in grado di garantire il pieno realizzarsi delle finalità pubbliche perseguite ⁽¹⁰⁾.

Coerentemente con tale impostazione, si può dunque verificare in che modo il rinnovato contesto europeo possa influire, in tale ambito, sul ruolo dello Stato e se, quindi, la disciplina degli aiuti di Stato spinga verso un modello di intervento statale di “completamento”. Ossia verso un modello in forza del quale l’Autorità pubblica sia chiamata unicamente a garantire, da un lato, quelle prestazioni che il mercato non è in grado di offrire e, dall’altro, lo sviluppo dello stesso oltre quei limiti che un’economica concorrenziale altrimenti incontrerebbe ⁽¹¹⁾.

Sotto il primo profilo è allora interessante notare che i provvedimenti facenti parte del pacchetto per la modernizzazione degli aiuti di Stato ⁽¹²⁾, ed in particolare quelli del c.d. “pacchetto Almunia” specificamente riferiti al settore dei Sieg ⁽¹³⁾ e che hanno sostituito il c.d. pacchetto Monti-Kroes ⁽¹⁴⁾, cercano di trovare il punto di equilibrio, tra fini pubblici statali e tutela della concorrenza e del mercato interno, intervenendo in particolare su due fronti: la definizione di quali attività possano costituire, o meno, un

(10) In tal senso inquadra l’essenza della teoria dell’economia sociale di mercato M. LIBERTINI, *A “highly competitive social market economy” as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. Merc.*, 1, 2011, p. 491 ss., al quale si rinvia per utili spunti per l’approfondimento del significato e delle conseguenze che tale previsione può determinare.

(11) In dottrina già da tempo si è del resto anticipato il ruolo che la categoria dei Sieg può giocare nel definire il c.d. « modello sociale europeo ». Tra i numerosi contributi sul punto, in senso non difforme da quello qui proposto si veda D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2007, par. 1, secondo il quale la rinnovata funzione dei Sieg nell’ordinamento europeo, e così il « collegamento tra tali servizi, la cittadinanza europea e la tutela dei diritti (sociali) fondamentali » costituisce ormai « “un punto di non ritorno” nell’ambito di qualsiasi indagine sul tipo di costituzione economica (e sociale) maggiormente in grado di conciliare sviluppo e competitività », come peraltro confermato più recentemente dallo stesso Autore anche in *I servizi di interesse economico generale*, Cit., p. XXIV. Si è del resto infatti sottolineato, proprio in relazione alla iniziativa di modernizzazione degli aiuti di Stato, che « State aid is a way of ensuring that public support will stimulate innovation, capital development and ultimately promote growth, employment and EU competitiveness in line with the Europe 2020 objectives », M.J.S. CATALÁN, M. CLAYTON, *State aid modernisation: another reform?*, in *ERA Forum*, vol. 14, 1, 2013, par. 1. In ottica non solo di aiuti di Stato, ma di tutto il plesso delle *Regole di concorrenza* europee, cfr. P. LOWE, A. HELD, *Modernisation and Beyond: The Role of Competition Policy in Driving Economic Growth*, in *Eur. Competition J.*, vol. 1, 2005, p. 35, secondo cui « vigorous competition in an open internal market provides the best guarantee that European companies will increase their efficiency and innovative potential ».

(12) Si allude naturalmente al complesso di atti adottato a seguito del processo di ampia revisione delle norme in materia di aiuti di Stato avviato con l’adozione della Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato COM(2012) 209 *final*, dell’8 maggio 2012.

(13) Sul che vedi *infra*, par. 2.

(14) Ossia il pacchetto di misure adottate nel 2005 composto da: (i) Decisione 2005/842/CE della Commissione (GUUE, L 312 del 29 novembre 2005), specificante le condizioni alle quali le compensazioni per oneri di servizio pubblico sono ritenute compatibili e non vi è pertanto obbligo di notifica ex articolo 108, paragrafo 3; (ii) Direttiva 2006/11/CE della Commissione (GUUE L 318 del 17 novembre 2006) relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e che ha previsto la separazione contabile per le imprese beneficiarie di compensazioni di obblighi di servizio pubblico; (iii) Comunicazione 2005/C 297/04, che ha chiarito a quali condizioni le compensazioni per oneri di servizio pubblico non rientranti nel campo della Decisione 2005/842/CE, e perciò soggette all’obbligo di notifica, potevano essere dichiarate compatibili.

Sieg e il livello delle compensazioni erogabili da parte dell'Autorità pubblica senza che ciò costituisca una misura di aiuto incompatibile ⁽¹⁵⁾.

Uno degli assunti sulla base dei quali si muove la Commissione è che, « in assenza di norme specifiche dell'Unione, gli Stati membri hanno in genere la facoltà di determinare le modalità di organizzazione e di finanziamento dei loro Sieg » ⁽¹⁶⁾. Ma in materia di Sieg non si può certo affermare che manchino specifiche disposizioni europee. Ne è dimostrazione non solo la stessa esistenza della produzione normativa qui in esame, ma anche il fatto che quest'ultima ancora si richiami alla giurisprudenza *Altmark* ⁽¹⁷⁾, a conferma dell'attenzione che da tempo le Istituzioni europee prestano ai temi qui trattati.

Ebbene, a fronte della sempre più incisiva applicazione degli articoli 107 e 108 Tfu ⁽¹⁸⁾, il quadro normativo europeo non appare affatto indifferente a tali « modalità di organizzazione e di finanziamento » dei Sieg. È dunque necessario analizzare sino a che punto l'intervento della Commissione, attraverso la lettura del proprio ruolo così come emerge dalle nuove disposizioni per la modernizzazione degli aiuti di Stato, possa influire sulla facoltà di individuare quali tipologie di attività possano essere qualificate come Sieg e sul livello di compensazioni che possa essere erogato per dette attività.

Ciò consente di inquadrare le disposizioni europee in materia di misure di sostegno in una logica di sistema che contribuisce non solo a definire sino a che punto vi possa essere un intervento statale, ma anche a rivalutare il ruolo che lo Stato — inteso quale soggetto dotato di pubblici poteri di tipo autoritativo nell'accezione di cui all'articolo 107, paragrafo 1, Tfu ⁽¹⁹⁾ — è chiamato a svolgere nel mercato interno dei Sieg ⁽²⁰⁾.

(15) Erano questi infatti due dei principali aspetti evidenziati nella Relazione della Commissione del 2002 sullo stato dei lavori relativi alle linee direttrici in materia di aiuti di Stato per i servizi d'interesse economico generale, ed ancora lo sono nella più recente Comunicazione Sieg (cfr. in particolare paragrafo 3). In termini più generali, e quindi non limitatamente alle attività di interesse economico generale, si è riassuntivamente spiegato che la riforma « should ensure that only “good aid” is granted, i.e. aid which is well designed, targeted at identified market failures and objectives of common interest, and least distortive », cfr. M.J.S. CATALÁN, M. CLAYTON, *State aid modernisation*, Cit., par. 1.

(16) Cfr. Comunicazione Sieg, p. 2.

(17) Si allude alla celebre sentenza nel citato caso *Altmark*, ancora spesso richiamata: oltre naturalmente alla Comunicazione Sieg, in particolare p. 42, si pensi agli Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (2014/C 99/03), in particolare p. 74, ed agli Orientamenti sul finanziamento delle reti a banda larga (2013/C 25/1), in particolare p. 18.

(18) Come rileva infatti M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, Cit., pp. 825–826, ed anche N. PESARESI, *Evoluzione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e ruolo delle Autorità nazionali indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 1, 2013, pp. 834–835, la tendenza del controllo sugli aiuti è stata da tempo di tipo espansivo, specie a partire dagli anni '70-'80, periodo nel quale si è registrato un più oggettivo, trasparente e meno politicizzato intervento. In tal senso in tempi meno recenti anche N. FALCONE, *I Regolamenti di esenzione per categoria nel settore degli aiuti di Stato*, in *Conc. Merc.*, 1, 2001, p. 354.

(19) Come noto, i dubbi circa il significato da attribuire all'espressione « aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali » sono stati da tempo risolti, tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina, a favore della più restrittiva lettura cumulativa. Per una dettagliata analisi dei due orientamenti, si veda la ricostruzione offerta nelle conclusioni dell'Avvocato Generale F.J. Jacobs presentate il 13 dicembre 2001, nella causa C-482/99, *Francia/Commissione (Stardust Marine)*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punti 51 e seguenti. In dottrina: A. BIONDI, *Some Reflections on the Notion of State Resources in European Community State Aid Law*, in *FILJ*, vol. 30, 5, 2006, p. 1432; M. MEROLA, *Le critère de l'utilisation des ressources publiques*, in *Les aides d'État*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2005, p. 15; J.A. WINTER, *Re(de)fining the notion of State aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *CML Rev.*, 41, 2004, p. 475. Per un recente inquadramento della tematica: T. JAEGER, *Goodbye Old Friend: Article 107's Double Control Criterion*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 3, 2012, p. 535 ss.

Il framework composto dalle nuove disposizioni introdotte dal pacchetto per la modernizzazione degli aiuti di Stato, e le relative previsioni specificamente riferite a quelle attività che, nei vari settori, sono connotate da interessi economici generali, offre in tal senso molteplici spunti di riflessione, in quanto coerente ed unitario sistema che va meglio a definire in che rapporto dovrebbe porsi l'Autorità pubblica — con le sue risorse finanziarie — rispetto al mercato. Prima di analizzare le specifiche discipline di settore, tuttavia, può essere utile qualche breve cenno alla specifica normativa in tema di Sieg, onde inquadrare i punti essenziali della disciplina europea in materia di aiuti di Stato relativamente alle compensazioni per oneri di servizio pubblico.

2. Cenni in merito all'approccio *in crescendo* del pacchetto Almunia: dall'esenzione *ex ante* alla verifica *ex post* delle compensazioni per oneri di servizio pubblico.

Data la complessità e la varietà delle situazioni in cui può essere necessario garantire misure di sostegno per l'esecuzione di Sieg, le prospettive, emerse nel tempo, che hanno permesso in passato di sostenere l'assolvimento delle missioni di interesse pubblico affidate dagli Stati membri sono state molteplici. Rinviando dunque a quella dottrina che già si è occupata di analizzare le diverse soluzioni emerse nella giurisprudenza e nella prassi europee ⁽²¹⁾, in questa sede ci si può limitare a ricordare — necessariamente per sommi capi — due dei principali approcci affermatasi. Il tutto al solo fine di fornire un preliminare quadro — di carattere meramente strumentale rispetto al tema qui in esame — della composizione e della struttura del c.d. pacchetto Almunia.

Da una lato, si può dunque ricordare l'articolo 106, paragrafo 2, Tfeue, che consente di non applicare a determinati soggetti le regole di concorrenza laddove le stesse possano ostare « all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata ». Si tratta di giustificazione normativa di una misura di aiuto potenzialmente incompatibile con i Trattati che già da tempo ha avuto riconoscimento espresso a livello europeo ⁽²²⁾ e che già prima dell'ultimo intervento di modernizzazione aveva costituito uno dei pilastri della disciplina sugli aiuti di Stato in materia di Sieg ⁽²³⁾.

(20) Sul diverso aspetto del ruolo delle Autorità nazionali nell'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato, anche alla luce del pacchetto sulla modernizzazione, si veda invece N. PESARESI, *Evoluzione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato*, Cit.

(21) Per un più approfondito esame della questione, si rimanda per tutti al citato contributo di D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, Cit., par. 2, il quale, oltre al "criterio dell'aiuto di Stato" ex art. 106, paragrafo 2, Tfeue ed al "criterio della compensazione" di cui all'art. 107, menziona altresì il "criterio *quid pro quo*", teorizzato dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni presentate il 30 aprile 2002, caso C-126/01, *Gemo*, in *Racc.*, 2003, I-13769, punti 120 e seguenti in particolare. L'Autore ricorda poi anche un quarto criterio, ricavabile dalla decisione della Commissione *La Poste* dell'8 febbraio 1995 (GUCE C 262 del 7 ottobre 1995, p. 11) secondo cui il ricorso all'articolo 106, paragrafo 2, entrerebbe in gioco nella qualificazione della misura in esame (D. GALLO, *ibidem*).

(22) Si veda, ad esempio, la Comunicazione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione (2001/C320/04). In proposito cfr. G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Foro amm. CdS*, 9, 2008, par. 5.

(23) Ed infatti, la Decisione 2012/21/UE ha sostituito la precedente decisione 2005/842/CE che aveva stabilito, secondo quanto si legge al considerando 7 della nuova determinazione, « le condizioni alle quali gli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione per i servizi di interesse economico generale non sono soggetti all'obbligo di notifica preventiva stabilito dall'articolo 108, paragrafo 3, del trattato poiché possono essere ritenuti compatibili con l'articolo 106, paragrafo 2, del trattato ».

Dall'altro lato, si è invece sviluppato un diverso approccio che, attraverso un'analisi dei costi sostenuti rispetto alle compensazioni ricevute da un soggetto esercente un pubblico servizio, ha consentito di escludere in radice la sussistenza di un aiuto. Si è ritenuto che, laddove la compensazione è volta a coprire esclusivamente i soli maggiori costi sostenuti per lo svolgimento di attività antieconomiche imposte dall'Autorità pubblica, viene meno il requisito di cui all'articolo 107, paragrafo 1, Tfu relativo al "vantaggio competitivo" della misura, il che esclude *ex se* l'incompatibilità del trasferimento nell'ottica degli aiuti di Stato.

Tale ultima prospettiva, come noto, fu accolta nella celebre sentenza *Altmark*. In tale pronuncia, che ha di recente trovato conferma nel caso *Liberts* ⁽²⁴⁾, la Corte affermò che non sussiste alcun « vantaggio finanziario » al ricorrere di quattro condizioni cumulative: (i) sussistenza di formale incarico di servizio pubblico; (ii) previa definizione dei criteri di calcolo del compenso; (iii) congruità del compenso rispetto ai costi del servizio; (iv) calcolo della congruità della compensazione tenendo conto, in caso di affidamento senza gara, dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi ⁽²⁵⁾.

Attraverso una sapiente opera di sintesi dei diversi approcci emersi nella prassi e nella giurisprudenza, la Commissione ha così suddiviso la disciplina delle compensazioni nel campo dei Sieg in quattro distinti provvedimenti, secondo una compiuta progressione logica che, dalla giurisprudenza *Altmark*, passando per l'esenzione di cui all'articolo 106, paragrafo 2, giunge sino alle misure ricadenti nella nozione di cui all'articolo 107, paragrafo 1, Tfu ⁽²⁶⁾.

In breve, alla luce del quadro attuale, una misura statale può ricadere in quattro ipotesi: (i) non costituisce un aiuto in quanto, applicando i criteri *Altmark*, la stessa non conferisce alcun vantaggio ⁽²⁷⁾; (ii) non costituisce un aiuto in quanto, in ragione dell'esiguo valore della stessa, non incide sulla concorrenza intraeuropea ⁽²⁸⁾; (iii) è un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, Tfu, ma le caratteristiche della stessa consentono di ritenerla *ex se* compatibile con il mercato interno in quanto "coperta" dall'eccezione di cui all'articolo 106, paragrafo 2, Tfu ⁽²⁹⁾; (iv) è un aiuto di Stato ai sensi

(24) In ultimo la Corte ha confermato la giurisprudenza *Altmark* nella sentenza dell'8 maggio 2013, nelle cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*, punti 84-102. In proposito cfr. M. WALTER, *One Year into the State Aid Modernisation Initiative*, Cit., p. 761. Anche D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Cit., p. 637, conferma che « la giurisprudenza UE ha oramai accolto il criterio della compensazione ».

(25) Sentenza *Altmark*, pp. 89-94.

(26) E più precisamente: (i) la Comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (2012/C 8/02) (di seguito, Comunicazione Sieg); (ii) il Regolamento n. 360/2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale (c.d. Regolamento « *de minimis* »); (iii) la Decisione 2012/21/UE riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (C(2011) 9380); e (iv) la già citata Comunicazione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico.

(27) Cfr. Comunicazione Sieg.

(28) Cfr. Regolamento *de minimis*.

(29) Cfr. Decisione 2012/21/UE.

dell'articolo 107, paragrafo 1, Tfu, ma laddove conforme a determinate prescrizioni, può essere ritenuta compatibile ⁽³⁰⁾.

I suddetti diversi approcci possono essere quindi distinti tra quelli che postulano un giudizio *ex ante* (ipotesi *sub i, ii, e iii*), che in quanto tali prescindono dalla notifica della misura, ovvero, *ex post* (ipotesi *sub iv*), secondo il consueto schema di previa notifica e successiva valutazione di compatibilità da parte della Commissione ⁽³¹⁾. Giova dunque qualche breve precisazione.

Partendo dall'ipotesi di giudizio *ex post*, ossia quella di cui al quarto punto, è sufficiente rilevare che la stessa si fonda su un atto di *soft law* ⁽³²⁾, sicché la Commissione si limita a descrivere l'approccio che seguirà nel valutare le misure notificate ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, Tfu. In questo caso, perciò, non vengono variati in misura sensibile i consueti meccanismi in materia di aiuti di Stato.

Analoga considerazione, per differenti ragioni, può valere per le ipotesi di cui al primo ed al secondo punto. Anche in tali fattispecie si può infatti ritenere che non vi siano significative deviazioni rispetto al modello di cui agli articoli 107 e 108 in quanto in questi casi la misura non integra tutti i (cumulativi) requisiti *ex* articolo 107, paragrafo 1: nel primo caso per l'assenza di vantaggio, nel secondo per l'esiguità della misura, che non incide sugli scambi tra gli Stati membri. Di conseguenza, qui formalmente non vi è alcuna esenzione dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, in quanto le norme europee in materia di aiuti di Stato non vengono nemmeno astrattamente in gioco.

Diverso discorso vale invece per l'ipotesi di cui al terzo punto. La dichiarazione di compatibilità *ex ante* di cui alla Decisione 2012/21/UE, difatti, comporta in sostanza un'esenzione dall'onere di notifica di cui al citato articolo 108, paragrafo 3, Tfu, pur in presenza di iniziative che costituiscono a tutti gli effetti misure di aiuto ricadenti nella nozione di cui all'art. 107, paragrafo 1, Tfu. Il che, per quanto sufficiente sottolineare in questa sede, non è certo privo di significato. Si determina infatti in tal modo una deroga

(30)Cfr. Comunicazione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico.

(31)Com'è agevole constatare, l'approccio *ex ante*, nelle sue diverse forme, è certamente quello numericamente (ma non solo – per quanto si dirà a breve –) significativo. Il che appare in linea con l'idea proposta da N. GAAL, X. BOUTIN, *Modernising State Aid through Better Evaluations - Insights from Recent Discussions with Stakeholders*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2014, 2014, p. 67, secondo cui « the EU State aid rules are primarily based on a system of *ex ante* scrutiny ».

(32)Come precisa infatti L. DE BERNARDIN, *Soft Law*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5607, gli atti di *soft law*, tra i quali in ambito europeo rientrano le Comunicazioni della Commissione, contengono mere « regole non vincolanti ». In merito alla nozione di *soft law* nell'ordinamento europeo si veda in particolare L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 112, la quale, nell'aderire all'idea che un tratto essenziale di tali atti è il loro carattere non vincolante, sottolinea altresì che gli stessi non sono comunque del tutto destituiti di ogni « legal effect » e che gli stessi sono emanati al precipuo scopo di determinare « some practical effect of influence of behaviour ». Conferma tale conclusione, ad esempio, quanto spiega G. DELLA CANANEA, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 98: « allorché la Commissione definisce gli orientamenti ai quali intende attenersi in materia di concentrazioni tra imprese, in ordine alla definizione di concentrazione e al calcolo del fatturato, i privati debbono attenersi. Altrimenti, si espongono al rischio che le proprie attività non possano produrre gli effetti attesi ». Ovvero si pensi, ancora, al caso dei partenariati pubblico-privati, in relazione ai quali si è detto che il ruolo delle Comunicazioni non è stato indifferente, in quanto in grado di esercitare « un'indubbia influenza sul processo volitivo delle pronunce rese sia dal giudice comunitario sia da quello nazionale », cfr. G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. affidamenti in-house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2004, pp. 945-946.

al generale obbligo di *stand still* ⁽³³⁾, avente, come noto, certa efficacia diretta ⁽³⁴⁾, richiamando tuttavia una norma, l'articolo 106, paragrafo 2, la cui natura è invece assai più dibattuta ⁽³⁵⁾.

In altre parole, la Commissione, attraverso un atto vincolante, adottato in base al potere di cui all'articolo 106, paragrafo 3, Tfu, e quindi senza l'intervento del Parlamento sul punto ⁽³⁶⁾, ha stabilito in quali casi, ed in che termini, determinati servizi possono essere considerati di interesse economico generale e secondo quali modalità possono essere riconosciute compensazione per i relativi oneri che li connotano.

Certo va detto che il ricorso da parte della Commissione ai poteri di cui all'articolo 106, paragrafo 3, Tfu, ossia ad un potere legato al suo compito di "vigilanza" ⁽³⁷⁾, piuttosto che stimolare l'adozione di un Regolamento ai sensi dell'articolo 14 Tfu, può essere interpretato quale scelta "conservatrice" sotto un profilo di politica del diritto. Se, infatti, le medesime disposizioni avessero trovato codificazione in forza della base giuridica offerta dall'articolo 14 Tfu, ciò avrebbe indubbiamente connotato le relative norme di un ben più penetrante significato ⁽³⁸⁾, anche politico, in ordine all'intervento europeo in materia di servizi di interesse economico generale ⁽³⁹⁾.

(33) Obbligo dal tenore affatto formale, tanto che nemmeno una dichiarazione di compatibilità "successiva" potrebbe sanare retroattivamente una misura attuata senza previa dichiarazione di compatibilità, come anche ha ribadito la Corte di giustizia da ultimo nella sentenza del 5 ottobre 2006, nella causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, p. 41, ove si legge che «una decisione della Commissione che dichiara un aiuto non notificato compatibile con il mercato comune non ha l'effetto di sanare, a posteriori, gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati in violazione del divieto sancito in tale articolo. Qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, della disposizione suddetta e svuoterebbe quest'ultima del suo effetto utile».

(34) Si tratta di circostanza da tempo chiarita dalla Corte di giustizia, sul che, tra le numerose pronunce che si registrano, cfr. sentenza del 21 novembre 1991, nella causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e a. / Francia*, pp. 11 e 13; sentenza del 8 novembre 2001, nella causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, p. 26; e sentenza del 5 ottobre 2006, nella causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, p. 41. In dottrina, cfr. F. BESTAGNO, *Articolo 108 Tfu*, in F. Pocar; M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, CEDAM, Trento, 2014, p. 868; cfr. anche E. ALTIERI, *Aiuti di Stato (dir. trib.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 201.

(35) Sul che si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Cit., p. 680, ove l'Autore esamina le diverse letture della norma, tra coloro che ne hanno predicato l'efficacia diretta e chi invece ne ha negato tale qualità.

(36) Confermando l'impostazione già assunta nel c.d. pacchetto Monti-Kroes (v. nota 14) la Commissione ha infatti preferito continuare a far applicazione del potere riconosciutole dall'articolo 106, paragrafo 3, Tfu. Sennonché, rispetto a quando fu adottata la Decisione 2005/842/CE, il Trattato di Lisbona, nel modificare l'articolo 14 Tfu, ha nel frattempo previsto il potere, nell'ambito della procedura legislativa ordinaria e nei limiti delle competenze dell'Unione, di adottare Regolamenti pienamente vincolanti aventi ad oggetto la definizione dei principi e delle condizioni di fornitura, esecuzione e finanziamento dei servizi di interesse economico generale.

(37) Secondo quanto da tempo chiarito dalla Corte di giustizia, infatti, «La competenza attribuita alla Commissione dall'art. 90, n. 3 [oggi, articolo 106, paragrafo 3, Tfu, n.d.a.], si limita (...) alle direttive ed alle decisioni necessarie al fine di espletare efficacemente il dovere di vigilanza a cui essa è tenuta in forza della stessa disposizione», sentenza del 6 luglio 1982, nelle cause riunite da 188 a 190/80, *Francia, Italia e Regno Unito / Commissione (Imprese pubbliche)*, p. 13. In dottrina cfr. C. FRATEA, *Articolo 106 Tfu*, in F. Pocar; M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, CEDAM, Trento, 2014, p. 856.

(38) È noto infatti che in ambito europeo le disposizioni di diritto derivato devono essere interpretate alla luce del diritto primario che ne costituisce la base giuridica, come ha più volte confermato la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. *ex multis*, sentenza del 20 marzo 1997, caso C-352/95, *Phytheron International*, in *Racc.*, 1997, I-1729, punto 18, ed anche

Ciononostante, l'intervento della Commissione non è certo privo di forti significati (40). Nell'adottare la Decisione 2012/21/UE, difatti, si è notevolmente ampliato il raggio di azione dell'esenzione introdotta dal c.d. pacchetto Monti-Kroes. Quest'ultima prevedeva, in sostanza, un'esenzione limitata a pochi e strettamente individuati settori (41),

sentenza dell'11 luglio 1996, caso C-427/93, *Bristol-Myers Squibb e a. / Paranova*, in *Racc.*, 1996, I-3457, punto 27. Più di recente si veda la sentenza del 19 dicembre 2012, caso C-549/11, *Orfey Bulgaria*, in *Racc. dig.*, punto 32, ove espressamente la Corte afferma che « risulta da costante giurisprudenza che una norma di diritto derivato dell'Unione deve essere interpretata, nei limiti del possibile, nel senso della sua conformità con le disposizioni del Trattato e con i principi generali del diritto dell'Unione (sentenze del 21 marzo 1991, *Rauh*, C-314/89, *Racc. pag. I-1647*, punto 17, nonché del 10 luglio 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, *Racc. pag. I-4951*, punto 174 e giurisprudenza ivi citata) ». In dottrina, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 413, che sottolineano che gli atti di diritto derivato « benché subordinati ai Trattati dovendo ovviamente rimanere nei limiti di quanto previsto dalla clausola di questi che ne costituisce la base giuridica, tali atti recano disposizioni che integrano sostanzialmente il diritto primario »; cfr. anche L.F. BRAVO, A. RIZZO, F.M.D. MAJO, *Codice dell'Unione europea*, III Ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 155. Sulle fonti europee in generale, si veda G.A. BENACCHIO, *Fonti del diritto (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali I*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 616. Sulla nozione di “base giuridica” nel diritto europeo, si veda J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2013, pp. 144–145, il quale, nel sottolineare che della stessa non esiste una « definizione autentica », la descrive affermando che « è costituita da una serie di clausole dei trattati, che indicano 1) il settore di politica, 2) gli obiettivi specifici al settore, 3) gli atti che possono essere adottati nel settore e 4) la procedura di adozione degli atti nel settore ».

(39) Come infatti ricorda A. LANG, *Articolo 14 Tfe*, in F. Pocar; M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, CEDAM, Trento, 2014, p. 181, l'articolo 16 Tce, oggi divenuto articolo 14 Tfe, fu introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997 (quale articolo 7d) al fine di evitare che l'applicazione delle regole di concorrenza in misura eccessivamente rigorosa finisse con il pregiudicare l'erogazione dei servizi di interesse economico generale e sull'organizzazione dei medesimi, così compromettendo « i fondamenti dell'economia sociale di mercato, peculiare del modello europeo » (A. LANG, *ibidem*). In altri termini, con l'introduzione del citato articolo 14 si è voluta cogliere l'opportunità « di consentire un'organizzazione dei servizi pubblici, il più possibile libera da condizionamenti esterni », cfr. F. GOISIS, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principi del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2000, par. 5. Il che è in linea con l'idea proposta da S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2001, par. 8. secondo cui l'ordinamento europeo è, in principio, neutrale rispetto alla proprietà e gestione delle attività economiche. Tale neutralità, infatti, non dovrebbe comportare, almeno in linea torica, né uno sbilanciamento in un senso, né nell'altro. Pur se, a seguito dell'introduzione della norma *de qua*, secondo E. GROMNICKA, *Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices?*, in *EPL*, 3, 2005, p. 445, « hopes were high that that the introduction of that article would allow reorientation of Community's aims in the field of services of general interest, as well as more sympathetic attitude to modernisation of public services, endorsing social objectives and shielding them from full exposure to the market ». Non potendosi in questa sede ulteriormente approfondire le diverse letture della norma in esame, per un quadro delle diverse prospettive emerse si veda E. SZYSZCZAK, *Governance in the context of services of general interest*, in *ERA Forum*, vol. 3, 3, 2002, p. 132, alla quale si rinvia anche per un inquadramento delle questioni, non solo giuridiche, da considerare nel prendere in considerazione l'opportunità, o meno, di adottare « a single framework Directive » in materia di Sieg.

(40) Non ci si può infatti esimere dal ricordare quella dottrina che ha condivisibilmente sottolineato, nel trattare del riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri nella definizione dei Sieg, che « la Commissione difetta di quella legittimazione democratica necessaria per assumere decisioni politiche di principio sui rapporti tra Stato, mercato e “terzo settore” », cfr. G. HERMES, *La disciplina europea dei servizi pubblici*, in S. Battini; G. Vesperini (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 120.

(41) Cfr. Decisione della Commissione del 28 novembre 2005 riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE (2005/842/CE). Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, la Decisione si applicava solo alle compensazioni di obblighi di servizio pubblico, rientranti entro determinati importi ovvero concesse « ad ospedali e ad imprese aventi incarichi di edilizia popula-

mentre le più recenti disposizioni del pacchetto Almunia hanno una portata assai più ampia, suscettibile di ricomprendere una vasta gamma di servizi sociali ⁽⁴²⁾.

L'intervento della Commissione va dunque ben oltre il mero riordino della materia. Al contrario, oltre a meglio chiarire alcuni aspetti del finanziamento dei Sieg tramite atti di *soft law*, la Commissione ha altresì specificamente individuato una nutrita serie di attività che possono essere qualificate come Sieg, esentandole a determinate condizioni dall'onere di notifica ⁽⁴³⁾, al contempo rivedendo al ribasso alcune soglie di compatibilità, sino anche a diminuzioni nell'ordine del 50% ⁽⁴⁴⁾.

Il che, dunque, già potrebbe permettere di tracciare alcune interessanti conclusioni sulla erosione che ne può derivare in ordine alla possibilità per gli Stati membri di autodeterminarsi in ordine a quali attività costituiscano servizi pubblici in relazione ai quali si rende necessaria – ed in che misura – l'erogazione di compensazioni. Conviene tuttavia proseguire nell'indagine verificando anche, nei diversi settori specificamente interessati dal pacchetto sulla modernizzazione, da un lato, in che termini si sia delimitato il campo delle attività che possono astrattamente costituire servizi di interesse economico generale e, dall'altro, quali finalità dovrebbe perseguire l'intervento statale in tali ambiti.

3. Qualifica di Sieg nel pacchetto sulla modernizzazione: tra discrezionalità degli Stati membri e valutazione della Commissione.

Pur nella molteplicità delle modalità attraverso cui una compensazione erogata per far fronte ad un onere di servizio pubblico può dirsi compatibile con il diritto europeo, ciò che, anche sotto un profilo logico, appare comunque necessario è che « l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico » ⁽⁴⁵⁾.

re » (lett. b), « ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole » e con traffico annuale rientrante entro determinate soglie (lett. c), ed « a aeroporti e porti » del pari con traffico annuale rientrante entro determinate soglie (lett. d).

(42) Sul che si veda per tutti C. FRATEA, *Art. 106*, Cit., pp. 854–855, e dottrina ivi citata, il quale spiega che, rispetto alla Decisione del pacchetto Monti-Kroes, « è stato ampliato il novero dei servizi cui sono ammesse compensazioni essendo ricompresi tutti i servizi sociali, anche se, data la genericità della formula e le diverse interpretazioni nazionali, si profila il rischio di trattamenti differenziati ». A conferma della non perfetta individuazione dei servizi sociali da includere nel campo di applicazione della Decisione può ricordarsi l'intervento di D. GALLO, *Aiuti di Stato e servizi socio-sanitari: novità e prospettive, tra Commissione e Corte di giustizia*, in atti del Convegno *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, tenuto a Milano il 26 novembre 2014, www.assonime.it, il quale ha in tal sede evidenziato che la sicurezza sociale sembrerebbe non essere stata espressamente inclusa, nonostante l'attenzione che le Istituzioni europee hanno riservato a tale settore, ad esempio, nella celebre sentenza nel caso T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, 2008, II-81. In dottrina, sulla portata dell'influenza che ha avuto il diritto europeo sulla sicurezza sociale e le politiche del lavoro, si veda S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Mulino, Bologna, 2009, p. 83 ss. in particolare.

(43) All'ottavo considerando della Decisione 2012/21/UE la Commissione ha infatti particolarmente sottolineato il fatto che un « aiuto può essere considerato compatibile solo se è concesso al fine di garantire la prestazione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2 ». Sicché appare di primario rilievo anzitutto assicurare che le prestazioni da erogare siano effettivamente rese nell'ambito di un Sieg, propriamente inteso.

(44) La soglia oggi individuata a 15 milioni dall'articolo 1, par. 1, lett. a della Decisione 2012/21/UE era infatti in precedenza fissata in 30 milioni dall'articolo 1, par. 1, lett. a, della previgente Decisione 2005/842/CE.

(45) Sentenza *Altmark*, Cit., par. 89.

Tralasciando in questa sede l'analisi relativa alle modalità che tale affidamento deve assumere ⁽⁴⁶⁾, viene qui in rilievo il problema che sta a monte di tale affermazione, ossia l'individuazione di quali attività possano effettivamente essere intese — quantomeno a livello europeo — come Sieg. Sul che è la stessa Commissione a ricordare la difficoltà di un siffatto inquadramento, posto che « la nozione di servizio di interesse economico generale è un concetto in evoluzione, che dipende, tra l'altro, dalle esigenze dei cittadini, dagli sviluppi tecnologici e del mercato e dalle preferenze sociali e politiche nello Stato membro interessato » ⁽⁴⁷⁾. Il che risulta ampiamente in linea con quanto già da tempo affermato anche dalla dottrina nazionale ⁽⁴⁸⁾.

Per quanto qui interessa basta allora ricordare che in ottica europea è lasciata di norma agli Stati membri ampia facoltà di definire quali servizi siano di interesse economico generale ⁽⁴⁹⁾. Ed in tale contesto, come si è spiegato in dottrina, assume preminente rilievo il principio di proporzionalità, quale canone guida nell'individuazione del giusto equilibrio tra restrizioni alla concorrenza e limitazioni delle libertà del mercato unico, da una parte, e quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio, dall'altra ⁽⁵⁰⁾.

Il che trova conferma nella nuova Comunicazione Sieg, ove la Commissione pacificamente riconosce che, « in assenza di specifiche norme dell'Unione che definiscono

(46) Sul che si rinvia all'ampia analisi di tale aspetto svolta da D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Cit., p. 136 ss.

(47) Comunicazione Sieg, par. 45.

(48) Infatti, come rilevato da F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Mulino, Bologna, 2002, p. 86, « nella nozione di servizio pubblico, come nelle tavole di Tycho Brahe, c'è dentro di tutto, il vero e il falso, e ognuno pesca quel che gli fa più comodo ». Il dato peraltro non è affatto nuovo, basti pensare che già F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3, affermava che « sarà praticamente impossibile dare una definizione di servizio pubblico avente valore assoluto; essa sarà sempre generica, descrittiva e tendenziale ». Affermazione certamente avvalorata dalla mole di dottrina sul punto, tra i tanti si vedano F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 634; V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2010; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, V Ed., Giuffrè, Milano, 2008; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2007; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5517 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; *ibid.*, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2002, p. 945; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1990.

(49) Si tratta di circostanza assolutamente pacifica in dottrina. Tra i contributi menzionati alla nota precedente, sottolinea in particolare tale aspetto L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cit., pp. 312–315.

(50) Sul punto si veda D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2007, par. 5, la quale ha ben spiegato che il rapporto tra articolo 106, paragrafo 2, Tfu e le regole di concorrenza si sviluppa in base ai tre principi della neutralità rispetto alle forme di proprietà, la libera individuazione dei servizi di interesse generale da parte degli Stati membri ed il principio di proporzionalità. Sul punto anche E. SZYSZCZAK, *Governance in the context of services of general interest*, Cit., p. 131, la quale spiega che « certain derogations/justifications may allow a member state a margin of discretion but the application of the derogations is subject to a Community law interpretation and the application of the principle of proportionality ». L'importanza del principio in parola nel campo degli aiuti di Stato è peraltro sottolineata da M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, IV Ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 441, secondo il quale questo è uno « tra i settori ove più è stato utilizzato il principio di proporzionalità », proprio in quanto « la giurisprudenza mostra attenzione a garantire tramite la proporzionalità una adeguata ponderazione fra gli interessi pubblici ed anche in quelli privati, nel senso di un loro sacrificio nella misura strettamente necessaria ».

il campo di applicazione per l'esistenza di un Sieg, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nel definire un determinato servizio come servizio di interesse economico generale ». Ma, ancora una volta, la clausola di salvezza per cui il margine discrezionale degli Stati membri dipende dalla « assenza di specifiche norme » europee comporta la naturale conseguenza che, « nel caso esistano norme specifiche dell'Unione, la discrezionalità degli Stati membri è soggetta ad esse, fatto salvo il dovere della Commissione di valutare se il Sieg è stato correttamente definito ai fini del controllo sugli aiuti di Stato » ⁽⁵¹⁾.

Se pur limitatamente alla sua funzione di “custode dei Trattati” e con specifico riferimento all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, la Commissione espressamente avverte dunque che intende sottoporre a scrutinio le qualificazioni nazionali. E se pur tale impostazione, nei termini astratti in cui è formulata, non pare collidere con quanto affermato dall'articolo 14 Tfu in ordine al riparto di competenze tra Unione e Stati membri nei Sieg ⁽⁵²⁾, il fatto che un'Istituzione europea possa dichiarare erronea la qualificazione come di interesse economico generale di un servizio non è certamente poca cosa, specie ove si consideri l'ampia discrezionalità che i Trattati garantirebbero in teoria alle Autorità nazionali in materia ⁽⁵³⁾.

La portata dell'affermazione è certo ridimensionata dalla stessa Commissione, che ha cura di precisare che, « per quanto riguarda la questione se un servizio possa essere fornito dal mercato, la valutazione della Commissione si limita alla verifica di errori manifesti compiuti dagli Stati membri » ⁽⁵⁴⁾. Cionondimeno, una volta che si sia aperta una breccia nella discrezionalità degli Stati membri nel decidere cosa può essere qualificato come servizio pubblico economico, è inevitabile chiedersi se l'asticella che determina il riparto di competenze definito dall'articolo 14 Tfu, almeno in minima parte, si sia spostata a favore dell'Unione.

Tale dubbio è del resto alimentato anche dagli ulteriori atti settoriali del pacchetto sulla modernizzazione, posto che la Commissione, per alcuni settori, « ha già fornito indicazioni precise quanto ai tipi di attività che possono essere considerate come servizi di interesse economico generale » ⁽⁵⁵⁾. Si dovrà poi vedere come la Commissione

(51) Comunicazione Sieg, par. 46. Di pari tenore la Decisione 2012/21/UE, ove si legge all'ottavo considerando che « in assenza di norme settoriali dell'Unione in materia, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella definizione dei servizi che possono essere definiti di interesse economico generale. È quindi compito della Commissione assicurarsi che non siano commessi errori manifesti nel definire tali servizi ».

(52) Ai sensi del quale « l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti ».

(53) Prevede infatti il protocollo addizionale al Tfu n. 26, articolo 1, un « ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti ». Ed in linea con tale previsione il protocollo addizionale al Tfu n. 26, articolo 2, prevede che « le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico ». In dottrina, oltre agli Autori di cui alla nota 39, cfr. A. TRAVI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in G. Falcon (a cura di), *Il Diritto Amministrativo dei Paesi europei*, CEDAM, Padova, 2005, il quale, in relazione alle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, sottolinea che « la soluzione non va cercata nel diritto comunitario, ma in una maggiore responsabilità nazionale ».

(54) Comunicazione Sieg, par. 48.

(55) Comunicazione Sieg, par. 49.

intenderà interpretare il proprio ruolo nel verificare che tali disposizioni siano rispettate, ma certo è che la preventiva individuazione di quali attività possano costituire Sieg appare andare ben oltre la mera verifica *ex post* di eventuali « errori manifesti ».

Come riassuntivamente spiegato nella stessa Comunicazione Sieg, la Commissione, negli orientamenti sul finanziamento delle reti a banda larga, ha chiarito che « nelle zone in cui gli investitori privati hanno già investito in un'infrastruttura di rete a banda larga (...) e forniscono già servizi competitivi a banda larga con un'adeguata copertura, la creazione di una infrastruttura a banda larga concorrenziale non dovrebbe essere considerata un servizio di interesse economico generale. Per contro, quando gli investitori non sono in grado di fornire un'adeguata copertura a banda larga, sarà possibile concedere una compensazione degli obblighi di servizio pubblico a determinate condizioni »⁽⁵⁶⁾.

E se pur è vero che spesso gli orientamenti e le comunicazioni trovano in larga parte saldo ancoraggio nella normativa e nella casistica giurisprudenziale preesistente⁽⁵⁷⁾, è altrettanto vero che in tali documenti la Commissione va talvolta oltre, prospettando anche posizioni non necessariamente previamente suffragate dal legislatore o dalla Corte o, quantomeno, da precedenti Decisioni della stessa⁽⁵⁸⁾.

Esempio di tale fenomeno è rinvenibile, nell'ambito del pacchetto sulla modernizzazione, negli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree. Richiamando anche in questo caso i criteri *Altmark*, e così alcuni precedenti giurisprudenziali e proprie precedenti Decisioni relative al settore aeroportuale, la Commissione detta alcune specifiche indicazioni circa la definizione di quali attività possano essere considerate come di interesse economico generale. Così, se da un lato viene ricordato che, in base al reg. CE n. 1008/2008, obblighi di servizio pubblico possono essere imposti solo per una rotta specifica o un gruppo di rotte⁽⁵⁹⁾, con ciò ancorando la prospettiva accolta al disposto normativo, dall'altro si afferma anche che « la Commissione ritiene possibile che la gestione complessiva di un aeroporto, in casi ben giustificati, venga considerata un servizio di interesse economico generale ». Ma questa volta tale prospettiva viene proposta elencando una serie di circostanze a supporto della stessa che non trovano specifico referente in disposizioni normative o in precedenti giurisprudenziali di cui la Commissione stessa dia conto⁽⁶⁰⁾.

Tale ultimo esempio, dunque, ben rappresenta il sentore di cui si è detto. La formalizzazione da parte della Commissione della propria intenzione di scrutinare le decisioni degli Stati membri circa la qualificazione di un servizio come di interesse economico generale, contestualmente fornendo indicazioni su quali attività possano

(56) Comunicazione Sieg, par. 49.

(57) Oltre alla dottrina di cui alla nota 32, in proposito cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 1, 2000, par. 2, il quale sottolinea che le Comunicazioni della Commissione europea hanno un ruolo (solamente) chiarificatore, in linea con quanto spiega C. ALBERTI, *Appalti « in house », concessioni « in house » ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2001, par. 2, secondo cui le Comunicazioni, in quanto atti di c.d. *soft law*, possono essere solo informative, decisorie od interpretative.

(58) Ed infatti, nell'attesa del pacchetto sulla modernizzazione in dottrina si era avvertito che « the Commission should refrain from including in the 'clarifying' notice some legal positions not (yet) established by the Courts, or even in contradiction with previous case law (like has been the case with de minimis aid) », R. LUJA, *Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2012, 2012, p. 765.

(59) Cfr. Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, par. 70.

(60) Cfr. Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree, par. 72.

essere considerate come tali, talvolta comporta l'anticipazione della definizione di quali attività possano essere beneficiarie di compensazioni per oneri di servizio pubblico, così condizionando, direttamente od indirettamente, la discrezionalità sul punto degli Stati membri.

4. La particolare attenzione al tema delle sovracompensazioni nel pacchetto sulla modernizzazione e sue implicazioni.

Come si è già accennato *supra*, la progressione logica con cui vengono ordinate le compensazioni per oneri di servizio pubblico dal pacchetto di provvedimenti in tema di Sieg permette di inquadrare due distinte categorie: misure che non costituiscono un aiuto — perché rientranti nei criteri *Altmark* o nei limiti del Regolamento *de minimis* —, ovvero misure che, pur costituendo un aiuto, possono essere ritenute compatibili con i Trattati se aventi determinate caratteristiche.

Salvo che per il Regolamento *de minimis*, in relazione al quale le soglie di rilevanza europea sono determinate in misura fissa *ex ante* dalla Commissione, un tratto comune delle altre disposizioni che appare di particolare interesse nell'economia del presente contributo è quello delle sovracompensazioni. La Commissione mostra infatti una particolare attenzione a che non vengano erogate forme di compensazione che, in rapporto al primo gruppo, determinerebbero l'esistenza di un vantaggio che falsa, o minaccia di falsare, la concorrenza intraeuropea, o che, in rapporto al secondo gruppo, garantirebbero un vantaggio sproporzionato rispetto a quanto strettamente necessario ad assicurare la missione di interesse pubblico ⁽⁶¹⁾.

Come si è detto, la prima categoria di misure che non costituiscono un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, Tfeue è quella rientrante nell'ipotesi delineata dalla Corte di giustizia nel citato caso *Altmark* ⁽⁶²⁾, sulla base del quale la Comunicazione Sieg è in gran parte basata. I paragrafi 3.4 e 3.5 di quest'ultima sono in particolare dedicati ad individuare i « parametri per il calcolo della compensazione » e i « principi per evitare la sovracompensazione ».

(61) Il che risponde pienamente al principio di proporzionalità, ai sensi del quale occorre valutare idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto di una misura, come ben spiegato dalla copiosa dottrina che si è occupata di tale principio, tra cui si possono ricordare i numerosi lavori di D.-U. GALETTA, a partire da *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 174 e gli altri studi dell'Autrice sul tema succedutisi nel tempo: *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 1999; *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze fra organi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2001; *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10, 2006, ove l'Autrice sottolinea in particolare l'origine tedesca del principio ed il suo carattere di principio generale; *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2007. Sul punto cfr. anche più di recente, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi dell'Amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 98, secondo cui il principio in parola « comporta che l'autorità pubblica, ove si trovi a dover sacrificare interessi dei privati, non debba andare oltre quanto è necessario per conseguire lo scopo prefissato », il che è particolarmente calzante in relazione alla valutazione di compatibilità di una misura di aiuto, essendo questa certamente potenzialmente lesiva degli interessi dei (concorrenti) privati.

(62) Data la notorietà del caso, basti qui rinviare a quanto sinteticamente esposto *supra* al paragrafo 2 circa i quattro criteri fissati nel caso *Altmark*.

Quanto ai primi, basta in questa sede ricordare che, secondo l'interpretazione fornita dalla Commissione, i criteri con cui devono essere calcolate le compensazioni non devono essere necessariamente tali da individuare la misura della compensazione, ma devono essere sufficientemente chiari e trasparenti da permettere di sapere « fin dall'inizio come sarà determinato il risarcimento »⁽⁶³⁾.

Quanto invece ai principi volti ad evitare sovracompenzazioni, in sintesi, la Commissione impone che la remunerazione non ecceda « quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole »⁽⁶⁴⁾.

Anche per le misure di compensazione che, non soddisfacendo i criteri *Altmark* ed eccedendo i limiti del Regolamento *de minimis*, integrano tutti i requisiti di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Tfu, tanto la Decisione 2012/21/UE, quanto quella sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico, impongono espressamente che, onde evitare ingiustificate distorsioni della concorrenza, « la compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi netti sostenuti dall'impresa per gestire il servizio, compreso un margine di utile ragionevole »⁽⁶⁵⁾.

Per entrambe le decisioni si chiarisce al riguardo che il costo netto va « calcolato come differenza fra i costi sostenuti per la gestione del servizio di interesse economico generale e le entrate derivanti da tale servizio oppure come differenza fra il costo netto sostenuto dal gestore in presenza dell'obbligo di servizio pubblico e il costo netto o l'utile derivante al gestore in assenza di tale obbligo »⁽⁶⁶⁾.

Particolarmente interessante nella Comunicazione Sieg è poi l'affermazione della Commissione secondo cui, al fine del calcolo della congruità della compensazioni di cui al quarto criterio *Altmark*, « il modo più semplice per le autorità pubbliche di soddisfare la quarta condizione *Altmark* è svolgere una procedura di gara in modo aperto, trasparente e non discriminatorio »⁽⁶⁷⁾.

L'affermazione è certamente condivisibile nelle sue premesse logiche: posto che il quarto criterio richiede che, in caso di affidamento senza gara, la congruità sia calcolata astrattamente tenendo conto dei costi di un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi, appare indubbiamente preferibile procedere tramite procedura ad evidenza pubblica, così da lasciare "al mercato" la determinazione della

(63)Comunicazione Sieg, par. 54-55.

(64)Comunicazione Sieg, par. 60.

(65)Così il considerando 15 della Decisione 2012/21/UE, che trova poi conferma in quanto previsto dall'articolo 5. Disposizione del tutto analoga si rinviene anche nella Decisione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico, il cui paragrafo 21 prevede che « l'importo della compensazione non deve eccedere quanto necessario per coprire i costi netti determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, compreso un margine di utile ragionevole ».

(66)Così il considerando 17 della Decisione 2012/21/UE. Anche in questo caso analoga disposizione si ritrova poi nella Decisione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico, il cui paragrafo 25 chiarisce che « in base alla metodologia del costo evitato netto, il costo netto necessario — o che si prevede sia necessario — per ottemperare agli obblighi di servizio pubblico è calcolato come la differenza tra il costo netto per il fornitore del servizio soggetto ad un obbligo di servizio pubblico e il costo netto o utile del medesimo fornitore in assenza di tale obbligo. Va riservata una particolare attenzione alla corretta valutazione dei costi che si prevede che il fornitore del servizio eviti e delle entrate che si prevede questi non realizzi, in assenza dell'obbligo di servizio pubblico. Il calcolo del costo netto deve valutare i vantaggi, compresi per quanto possibile quelli immateriali, di cui beneficia il fornitore del Sieg ». In questo caso la Decisione permette tuttavia di svolgere l'analisi anche in base alla « metodologia basata sull'attribuzione dei costi ».

(67)Comunicazione Sieg, par. 63.

congruità e superare le incertezze di un calcolo astratto e teorico ⁽⁶⁸⁾. La prospettiva adottata dalla Commissione, tuttavia, va ben inquadrata, posto che, a prima vista, potrebbe far pensare che in questo modo si stia implicitamente suggerendo agli Stati membri che sia preferibile il ricorso al mercato, piuttosto che all'autoproduzione.

Il che non sarebbe peraltro distante da alcune posizioni dottrinali secondo cui il processo di liberalizzazione e privatizzazione avvenuto sul finire degli anni '90 nel nostro ordinamento è stato determinato in modo più o meno esplicito dal diritto europeo ⁽⁶⁹⁾.

(68) Non ci si può tuttavia sottrarre dal rilevare che, se pur tale posizione può risultare condivisibile nei suoi termini astratti, se calata nella realtà degli Stati membri appare meno convincente. Nella prospettiva della Commissione, una sovracompensazione non appare problematica ove il contraente sia scelto con gara in quanto la selezione pubblica, se non in grado di determinare il livello ottimale della sovvenzione, quantomeno dovrebbe assicurare che alla stessa possano ambire ugualmente tutti gli operatori del mercato. Sicché, non vi sarebbe comunque un trattamento discriminatorio, poco trasparente o preferenziale. Senonché, l'applicazione in concreto di tale assunto ne rivela le criticità. Tralasciando quei casi in cui gli esiti della selezione siano determinati da fenomeni criminosi, i casi in cui le procedure selettive sono condotte in modo illegittimo, così selezionando un operatore diverso da quello ottimale, ovvero i casi in cui a presentare l'offerta sia una sola impresa (sul che, proprio in critica al quarto criterio *Altmark*, cfr. espressamente D. MURRAY, *Disorder in the Court: Confusion over the Application of State and Aid Rules to Services of General Economic Interest*, in *Inter Alia*, vol. 2004, 2004, p. 20), non sono certamente ipotetici. Ne deriva che, in tali esempi, una sovracompensazione potrebbe andare a vantaggio di un operatore specifico, nonostante si sia svolta una gara. In dottrina sul punto si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Cit., pp. 692-693, anche in *id.*, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, Cit., par. 3, il quale mette in luce i limiti di un'impostazione secondo cui la gara sarebbe idonea a prevenire « naturaliter l'insorgenza di una sovracompensazione oppure, tutto al contrario, in caso di sua assenza, la compensazione sarebbe da considerarsi automaticamente come "unfair" », sottolineando altresì che la gara non assicura né che l'impresa selezionata sia necessariamente « la più efficiente né che, a monte, l'efficienza eventualmente derivante da questo tipo di procedura debba, in ogni caso, rappresentare il parametro base per ritenere una misura come aiuto o alternativamente per escluderla, quale non aiuto, ai sensi del diritto UE ». Quanto a tale ultimo rilievo, si veda anche G.S. OLYKKE, *Public Undertakings and Imputability - The Case of DSBFirst*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2013, 2013, p. 144, il quale mette in luce l'inidoneità delle norme in materia di evidenza pubblica a costituire un efficace strumento per l'individuazione degli aiuti illegittimi, tra gli altri proprio per evidenti ragioni di convenienza economica delle Amministrazioni appaltanti, afferma infatti condivisibilmente che « it is clear that contracting authorities do not have the desirable incentives to promote the enforcement of State aid rules, when the price of tenders is abnormally low ».

(69) In tal senso sembrerebbe propendere R. BIN, *Chi governa i servizi pubblici?*, in G. Citroni; N. Giannelli; A. Lippi (a cura di), *Chi governa l'acqua*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, secondo cui « sotto la spinta della legislazione e della giurisprudenza comunitaria, il percorso italiano verso l'efficienza incrocia il percorso comunitario verso il mercato, la liberalizzazione e la concorrenza ». Ricollegando il fenomeno alla materia degli aiuti di Stato, M.T. CIRENELI, *Liberalizzazioni, servizi di interesse economico generale, e sussidi incrociati: la Direttiva della Commissione 2000/52/CE e il nuovo ambito della « disciplina trasparenza »*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001, par. 2, afferma che « la consapevolezza della "inaffidabilità" (come strumento di politica economica e sociale) delle imprese pubbliche, ormai vincolate al rispetto del principio dell'investitore in economia di mercato e all'autosufficienza, ha indubbiamente giocato non poco sulla scelta legislativa delle dismissioni ». In epoca meno recente, P. FATTORI, *Monopoli pubblici e articolo 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Merc. Conc. Reg.*, 1, 1999, p. 130, aveva affermato che l'applicazione delle regole di concorrenza sembrava aver persino portato ad « incrinare il principio di neutralità rispetto al regime della proprietà di cui all'articolo 222 del Trattato (finendo con il favorire la privatizzazione delle imprese pubbliche, costrette a vivere in un habitat sempre più inospitale) ». Va pur sempre tenuto conto, del resto, che, come sottolinea G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 1996, par. 2, « la prassi ha seguito una logica del sistema meno neutrale, ma forse più coerente e senza dubbio più realistica rispetto a quella che emerge dal Trattato, indipendentemente dal merito delle scelte. Pur conservando formalmente agli Stati membri le scelte di politica economica, ivi compresa quella della presenza attiva di risorse pubbliche

Sul presupposto che l'esistenza di un'impresa pubblica nel mercato generi comunque un disequilibrio concorrenziale contrario ai principi europei, tali teorie hanno infatti ritenuto che l'applicazione in concreto dei principi concorrenziali europei favorisca indirettamente l'uscita dal mercato della mano pubblica ⁽⁷⁰⁾.

Ma non pare che la sopra richiamata posizione della Commissione sull'opportunità di procedere tramite gara possa in qualche modo avvalorare tale lettura. È proprio la stessa Comunicazione Sieg a ricordare inequivocabilmente sin dai primi paragrafi che, « conformemente all'articolo 345 del trattato, i trattati non pregiudicano il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Di conseguenza, le norme sulla concorrenza non discriminano le imprese a seconda che siano di proprietà pubblica o privata » ⁽⁷¹⁾.

Secondo una condivisibile lettura dell'articolo 345 Tfeue — che peraltro vige in modo sostanzialmente invariato sin dal 1957 ⁽⁷²⁾ —, lo stesso « è chiara espressione della volontà dei redattori di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni » ⁽⁷³⁾. In

nell'economia, essa ha finito nella sostanza col privilegiare il mercato ». In diversa prospettiva, più recentemente E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, par. 4, ha invece affermato che l'attenzione mostrata dalle Istituzioni europee per l'*in house* rivela come queste percepiscano in termini problematici, rispetto alle regole di concorrenza e alla scelta in favore del libero mercato, la facoltà di ricorrere a proprie articolazioni organizzative da parte delle Pubbliche Amministrazioni chiudendo così settori del mercato degli appalti pubblici. In questo senso sembra propendere anche S. D'ANTONIO, *Le forme di gestione. La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 126-127.

(70) Per un'esauritiva esposizione delle contrapposte teorie sul punto, si veda l'ancor attuale contributo di A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001, il quale spiega che, invece, le opposte teorie che negavano l'influenza europea si rifacevano all'art. 295 Tce (ora 345 Tfeue), come meglio si dirà a breve.

(71) Cfr. nota 1 della Comunicazione Sieg. Ed in tal senso v. anche Decisione 2012/21/UE, considerando 2, ove si legge che « conformemente all'articolo 345 del trattato (...) è ininfluenza il fatto che tali servizi di interesse economico generale siano prestati da imprese pubbliche o private ».

(72) Ai sensi di detto articolo « i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri ». In precedenza la disposizione era contenuta nell'articolo 222 del Trattato di Roma del 1957 (« Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri »), poi trasfusa nell'art. 295 del Tce (« Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri »).

(73) La citazione è di D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., par. 3.1, la quale parte proprio dalla premessa circa « la neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese ex art. 295 CE ed i suoi corollari », per affermare che detto articolo « fa parte delle disposizioni generali e finali del Trattato ed è chiara espressione della volontà dei redattori di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni ». In tal senso in ultimo si veda C. FRATEA, *Articolo 345 Tfeue*, in F. Pocar; M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'unione europea*, CEDAM, Trento, 2014, p. 1540, il quale sottolinea la neutralità della norma « soprattutto in relazione ai casi di nazionalizzazioni o privatizzazioni ». Sul punto si registra un largo consenso in dottrina, cfr. A. MALTONI, *Gli atti « prodromici » delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle P.A.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, par. 6.1. Anche G. ROSSI, *L'impresa europea di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3 parla di « neutralità o irrilevanza, nel diritto comunitario, del regime di proprietà degli Stati », avvertendo però che ciò non significa, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, « immunità » delle imprese privatizzate in mano pubblica. In senso analogo, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 75, parla di indifferenza dell'ordinamento comunitario « rispetto alla proprietà privata o pubblica delle imprese », avvertendo però che si impone comunque « agli Stati la parità di trattamento rispetto a tutti gli operatori presenti sul mercato ». R. NANIA, *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 272,

sostanza la norma mirerebbe esclusivamente a garantire la neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla proprietà delle imprese operanti sul mercato, dal che deriverebbe l'indifferenza delle Istituzioni europee rispetto alla qualifica soggettiva degli erogatori di servizi di interesse economico generale.

Anche perché la giurisprudenza europea, cui ha fatto eco quella nazionale, ha da tempo chiarito che la partecipazione pubblica non attribuisce di per sé un vantaggio competitivo ⁽⁷⁴⁾. Dunque, sin dal 1957, in ottica europea non si vede perché sarebbe dovuto esistere un divieto in proposito nei Trattati. In altri termini, la riserva a favore degli Stati membri di cui all'articolo 345 Tfeue non rende immuni i soggetti pubblici dall'applicazione delle norme sulla libera circolazione. Un conto, infatti, è parlare di indifferenza dell'Europa circa i regimi di proprietà, altro è il rispetto delle regole del mercato unico.

Ciò è pacificamente ricordato dalla consolidata giurisprudenza europea secondo la quale la riserva di cui all'articolo 345 Tfeue a favore degli Stati membri circa i regimi di proprietà non produce l'effetto di rendere immuni gli stessi dall'applicazione delle norme fondamentali dei Trattati, tra cui, *in primis*, quelle di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei capitali ⁽⁷⁵⁾. Si è infatti di recente affermato, proprio in commento alle norme del pacchetto sulla modernizzazione dei Sieg che « reserving that market for an in-house provider does not prevent there being an effect on trade » ⁽⁷⁶⁾.

parla di « "indifferenza" comunitaria rispetto ai regimi proprietari interni ». Più di recente, espressamente richiamando il citato articolo 345 Tfeue, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 25, afferma che detto articolo « esprime la neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra proprietà pubblica o privata ». In senso conforme anche G. URBANO, *Le regole comunitarie sulle Società pubbliche: tutela della concorrenza, golden share e aiuti di Stato*, in *Giustamm.it*, 2012, par. 1. Sul punto anche R.D. NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 191; R.G. RODIO, *Le privatizzazioni in Europa*, CEDAM, Padova, 2003, p. 445. S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 1999; M.T. CIRENELI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. internaz.*, 4, 1996. In proposito sottolinea tuttavia G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia*, Cit., par. 1, che « nel tentativo di mantenere la neutralità tra l'opzione liberista e quella almeno in parte interventista, si è (...) finito col prefigurare nel Trattato un'armonia ridotta o, se si preferisce, un sistema senza armonia », del quale proprio l'articolo 345 Tfeue (ex articolo 222 Tce), secondo l'Autore, ne è emblematico esempio. In prospettiva parzialmente diversa da quella strettamente economica qui accolta, ed in ottica protezionistica, A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 13-14 ss., la quale ha osservato che, ad una prima effettiva indifferenza rispetto al diritto di proprietà, inizialmente strutturalmente assimilata alle c.d. libertà fondamentali, la Corte di giustizia ha poi dovuto affrontare il contenuto di tale diritto proprio in rapporto a tali norme ed ai possibili conflitti con esse scaturenti, così fornendo un quadro giurisprudenziale europeo anche su detto diritto.

(74) *Ex multis*, cfr. Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, caso C-94/99, *Arge Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft*, in *Racc.*, 2000, I-11037. Nella giurisprudenza nazionale cfr. Cons. di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, *CITELUM*; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 24 ottobre 2008, n. 2676.

(75) Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 6 novembre 1984, caso 182/83, *Fearon*, in *Racc.*, 1984, 3677, punto 7; dell'1 giugno 1999, caso C-302/97, *Konle*, in *Racc.*, 1999, I-3099, punto 38; del 23 settembre 2003, caso C-452/01, *Ospelt e Schlössle Weissenberg*, in *Racc.*, 2003, I-9743, punto 24; dell'8 luglio 2010, caso C-171/08, *Commissione/Portogallo*, in *Racc.*, 2010, I-6817, punto 64; del 21 dicembre 2011, caso C-271/09, *Commissione/Polonia*, in *Racc.*, 2011, I-13613, punto 44; dell'8 novembre 2012, caso C-244/11, *Commissione/Grecia*, in *Racc. dig.*, punto 16; nonché del 22 ottobre 2013, casi riuniti da C-105/12 a C-107/12, *Essent e a.*, in *Racc. dig.*, punto 36.

(76) Cfr. G. MAMDANI, *Sgei: Rules and Practical Experience*, in atti del Convegno *La modernizzazione degli aiuti di Stato*, tenuto a Milano il 26 novembre 2014, www.assonime.it.

In sintesi, il fatto che uno Stato abbia previsto in un determinato settore economico un regime di proprietà pubblica in applicazione della riserva di cui all'articolo 345 Tfu, non esclude comunque il principio secondo cui anche in tale settore devono essere rispettate le regole relative alle libertà fondamentali e, in particolare, alla libera circolazione (77), oltre naturalmente le « regole di concorrenza » in senso stretto (78).

Né in senso contrario pare possa deporre il paragrafo 19 della Decisione sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico ai sensi del quale l'Autorità che concede l'aiuto deve impegnarsi a rispettare le norme sugli appalti pubblici. È sufficiente infatti in proposito ricordare che le norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica si applicano solo nel caso in cui l'Amministrazione scelga, discrezionalmente, di rivolgersi al mercato. Di conseguenza, il regime di affidamento a terzi delle commesse pubbliche non rileva in alcun modo in caso di rapporto internalizzato, ove lo stesso risulti conforme alle previsioni europee che disciplinano le modalità attraverso cui l'Amministrazione può realizzare un'autoproduzione.

Sicché, anche in ragione di tale consolidata posizione della giurisprudenza sul punto, si può confermare l'idea secondo cui la frase della Commissione summenzionata circa l'opportunità di affidare comunque tramite gara un Sieg non può essere letta quale preferenza per l'esternalizzazione a favore di operatori economici (formalmente e sostanzialmente) terzi. Parrebbe viceversa preferibile leggere tale indicazione nel senso che sarebbe opportuno condurre una procedura ad evidenza pubblica — pur se non risolutiva di ogni problema (79) — anche laddove l'Amministrazione intenda affidare il servizio ad una propria impresa, anche se in ipotesi avente tutte le caratteristiche richieste per un affidamento *in house* (80).

(77) Cfr. sentenze *Essent e a.*, Cit., punto 37, e *Commissione/Polonia*, Cit., punto 44 e giurisprudenza ivi citata.

(78) Sul tema è già da tempo stato osservato che l'articolo 222 del Trattato Cee (oggi articolo 345 del Tfu), non deve essere interpretato nel senso di consentire un uso della proprietà pubblica sottratto dal regime di concorrenza. In relazione alla disciplina sugli aiuti di Stato, ad esempio, si è affermato in dottrina che l'articolo 90, paragrafo 1, del Trattato Cee (oggi articolo 107, paragrafo 1, del Tfu) implica, l'esatto opposto. K. HELLINGMAN, *State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission's Guidelines*, in *CML Rev.*, 1, 1986, p. 115. Infatti, secondo altra dottrina dell'epoca, la libertà lasciata a ciascuno Stato membro circa il regime della proprietà non può essere esercitata a svantaggio degli altri Stati membri o delle loro imprese, posto che i Trattati mirano proprio a garantire che il gioco concorrenziale si svolga correttamente, cfr. G. MARENCO, *Public Sector and Community Law*, in *CML Rev.*, 3, 1983, p. 496. Inoltre, commentando la sentenza nel caso *Stardust Marine*, A. ALEXIS, *Notion d'aide d'Etat. Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 1, 2002, p. 154, ha affermato che la nozione di imputabilità ha acquisito tutta la sua importanza a seguito del processo di liberalizzazione che ha colpito, ormai, quasi tutti i settori e che richiede che le aziende pubbliche si muovano sul mercato al pari delle imprese private, secondo un fenomeno talvolta esplicitamente incoraggiato dal diritto dell'Unione. Secondo l'Autore, questa tendenza implica una maggiore responsabilità delle imprese pubbliche e, di conseguenza, una certa limitazione di responsabilità dell'azionista pubblico circa le decisioni più importanti adottate dalle imprese. Sul punto anche la dottrina nazionale si è espressa in tal senso, cfr. G. URBANO, *Le regole comunitarie*, Cit., par. 1, secondo cui « se gli Stati non possono essere sfavoriti nei rapporti che mantengono con le loro imprese, neppure tali rapporti possono consentire di dissimulare la concessione di aiuti ».

(79) Cfr. *supra*, in particolare nota 68.

(80) Situazione che, come insegna l'esperienza dei trasporti pubblici locali, non sarebbe affatto paradossale o di difficile attuazione, sul che si veda lo studio casistico di C. CAMBINI, *La situazione delle gare per l'affidamento del servizio di trasporto urbano in Italia*, in www.hermesricerche.it, ottobre 2003.

5. La tendenza ad evitare sovvenzioni aventi finalità di sostegno dell'attività economica nelle discipline di settore del pacchetto sulla modernizzazione.

Gli atti che compongono il pacchetto per la modernizzazione degli aiuti di Stato dedicano un ampio spazio alle disposizioni volte a chiarire quali misure possano essere considerate compatibili e quali, invece, consistendo in meri “aiuti al funzionamento”, non supereranno il vaglio della Commissione.

Sin dalla generale Comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato ⁽⁸¹⁾, la Commissione ha cura di indicare tre fondamentali aspetti verso i quali deve muoversi l'azione delle istituzioni europee: sostenibilità dell'economia; necessità di un'efficiente e razionale allocazione delle risorse, specie in ragione della perdurante crisi che attraversa le economie nazionali ⁽⁸²⁾; maggiore responsabilizzazione degli Stati membri nella strutturazione delle misure, anche in vista dell'onere di preventiva notificazione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, Tfu ⁽⁸³⁾.

E così, per quanto interessa in questa sede, si può rilevare che nei vari atti che compongono il pacchetto per la modernizzazione, si rinvencono numerose previsioni che rafforzano l'obiettivo di escludere gli aiuti aventi finalità di “sostegno” di attività economiche in perdita, per favorire invece gli investimenti per il progresso.

Quanto agli aiuti regionali, ad esempio, la Commissione sottolinea che gli stessi devono essere finalizzati allo sviluppo di regioni disagiate onde migliorare le condizioni economiche delle stesse, mentre non si dovrebbero erogare aiuti al solo fine di mantenere imprese in territori ove ciò, senza sussidi statali, non sia sostenibile ⁽⁸⁴⁾. In tale prospet-

(81)Cfr. la Comunicazione della Commissione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE (COM(2012) 209 final).

(82)Il tema dei « market failures » è naturalmente stato oggetto di viva attenzione da parte della Commissione nell'ultimo decennio, in ragione della perdurante crisi che ha colpito i mercati (non solo) europei. Ma si tratta di questione che, oltre che esorbitante rispetto al tema qui in esame, risulta anche dai contorni affatto definiti, a partire dalla stessa nozione di “fallimenti del mercato”, come sottolinea J.T. LANG, *EU State Aid Rules - The Need for Substantive Reform*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2014, 2014, pp. 448-449 in particolare, e dottrina ivi citata, a cui perciò si rinvia.

(83)Come sottolineano infatti M. MEROLA, S. DONZELLI, *The reform of regional aid: trends and challenges from a legal perspective*, in *ERA Forum*, vol. 15, 2, 2014, p. 264, gli obiettivi fissati dalla Commissione « involve an increased responsibility on Member States in all stages of implementing the aid project, including the ex post control stage ». A fronte di tale prospettiva, R. LUJIA, *Does the Modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk*, *Cit.*, p. 765, aveva dunque avvertito che « we must take account of the risks that come with a State aid control framework aimed at clearing most other subsidy schemes in a fast and timely manner », altresì affermando che, onde non porre un eccessivo rischio in ordine alla valutazione *ex ante* richiesta alle imprese, « when the outcome of a Member State's own GBER analysis would still leave room for reasoned discussion, a diligent business man should be offered a procedure to submit the case to the Commission directly for review », *ibid.*, p. 766. Tale responsabilizzazione non è peraltro cosa nuova, posto che, come rileva N. FALCONE, *I Regolamenti di esenzione per categoria*, *Cit.*, p. 362, i Regolamenti di esenzione hanno da tempo già sortito un simile effetto. Ciò che cambia oggi, semmai è la misura di tale responsabilizzazione, che viene oggi rinforzata. Tale approccio tuttavia, non è certo senza conseguenze, come rilevano M.J.S. CATALÁN, M. CLAYTON, *State aid modernisation*, *Cit.*, par. 2.1, secondo cui « The principle in itself of extending the scope of block exempted areas will automatically result in a reduction in the Commission's workload. However, such a measure should be accompanied by some improved monitoring tools ».

(84)Cfr. Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020 (2013/C 209/01), par. 3.

tiva la Commissione chiarisce dunque che, salvo eccezioni, aiuti regionali al funzionamento non sono consentiti ⁽⁸⁵⁾.

Stesso discorso vale anche in rapporto alle opere cinematografiche ed alle altre opere audiovisive. Pur in un settore connotato da evidenti peculiarità — ove secondo la stessa analisi della Commissione vi sono ingenti costi di produzione a fronte di uno scarso interesse degli investitori, per via dell'alto tasso di rischio —, si conferma che gli aiuti non possono essere tesi al mero sostegno al “funzionamento” ⁽⁸⁶⁾, ma che devono tendere a « formare le identità culturali europee e promuovere la diversità culturale » ⁽⁸⁷⁾.

Anche nel settore aeroportuale, la Commissione, dopo aver ricordato che la maggior parte degli scali sono pubblici ⁽⁸⁸⁾, sottolinea che nella prospettiva adottata dagli Stati membri, soprattutto in relazione agli aeroporti di minori dimensioni ⁽⁸⁹⁾, la redditività non è un fattore considerato, laddove vengono invece privilegiati aspetti sociali, quali la promozione del territorio ⁽⁹⁰⁾. Sennonché la Commissione ha cura di sottolineare che al di fuori delle specifiche attività di interesse economico generale che possono talvolta venire in rilievo nel settore, secondo quanto si è detto *supra*, anche

(85)Cfr. Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020 (2013/C 209/01), par. 16. In tal senso si è affermato che l'approccio adottato dalla Commissione in relazione agli aiuti regionali « shows, on the one hand, the Commission's wish to pursue more effectively the goal of “less and better targeted state aid” first mentioned in the State Aid Action Plan. On the other hand, it reveals the compromise reached with Member States to prioritise growth policies after the economic and financial crisis. As mentioned above, this is one of the reform's main objectives, and one which is also contained in a series of other provisions », cfr. M. MEROLA, S. DONZELLI, *The reform of regional aid*, Cit., p. 272. Anche F. WISHLADE, *To What Effect: The Overhaul of the Regional Aid Guidelines - The Demise of Competition Effects and Rise of Incentive Effect*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2013, 2013, p. 671, ha sottolineato che « investment aid schemes should form part of a regional development strategy (such as an EU Cohesion policy Operational Programme); individual aid may be justified on the basis of a variety of indicators (such as job creation, training, clustering effects, knowledge spillovers); Member States must demonstrate the existence of specific difficulties and the need for intervention ». In modo analogo, in relazione al precedente processo di riforma degli aiuti regionali, anche P. LOWE, A. HELD, *Modernisation and Beyond*, Cit., p. 48, avevano sottolineato che « the underlying economic principle of the reform is that the best way to address regional disparities and increase regional growth rates is by creating the right incentives for economic operators by fostering higher productivity and competitiveness rather than subsidising inefficient firms or causing serious distortions in the internal market ».

(86)Ed infatti, in relazione alla proposta di Comunicazione nel settore delle opere cinematografiche e delle opere audiovisive, secondo quanto detto da I. ORSSICH, *State Aid for Films and Other Audiovisual Works - Current Affairs and New Developments*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2012, 2012, p. 55, « the Commission in any case seems to be ready to adopt rules for “State aid to help new business models to develop, not old ones to survive” ».

(87)Cfr. Comunicazione della Commissione relativa agli aiuti di Stato a favore delle opere cinematografiche e di altre opere audiovisive (2013/C 332/01), par. 51.

(88)Cfr. Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (2014/C 99/03), par. 4.

(89)In relazione agli aeroporti regionali si è infatti sottolineato in dottrina che « it is widely accepted that many regional airports throughout the EU would probably have to shut down immediately if state aid law was correctly applied to their relationships with low-cost airlines which currently keep them in business », cfr. P. THIEFFRY, *State aid modernisation in action: regional airports and renewable energies*, in *ERA Forum*, vol. 15, 2, 2014, p. 284. Per tale ragione l'Autore aveva suggerito che, nella transizione dal precedente regime di cui agli *Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali* (GU C 312 del 9.12.2005, pagg. 1-14) al nuovo regime, la Commissione adottasse un qualche tipo di regime transitorio, sennonché detti orientamenti sono stati invece sostituiti dalla generale disciplina in materia di aeroporti di cui al pacchetto sulla modernizzazione qui in esame.

(90)*Ibid.*, par. 5.

nell'ambito aeroportuale occorre evitare la duplicazione di aeroporti non redditizi e la creazione di eccessi di capacità ⁽⁹¹⁾, dovendo evitare anche in questo settore, di norma, gli aiuti al funzionamento ⁽⁹²⁾, favorendo invece l'autosufficienza degli scali, ossia la possibilità per gli stessi di coprire i costi di funzionamento senza necessità di contributi statali ⁽⁹³⁾.

Disposizioni analoghe le si ritrovano anche in rapporto alle reti a banda larga, in relazione alle quali la Commissione esprime la necessità che gli aiuti non disincentivino gli investimenti privati ⁽⁹⁴⁾. Tale obiettivo può dunque essere letto ancora una volta quale indice del fatto che l'intervento pubblico deve seguire ad un'attenta valutazione circa la possibilità per l'imprenditoria di svilupparsi e di sostenersi economicamente senza l'aiuto pubblico ⁽⁹⁵⁾. In tale prospettiva, secondo la Commissione, l'obiettivo dell'intervento nella banda larga è la velocizzazione del processo di sviluppo delle reti, non la sostituzione degli operatori economici con la mano pubblica ⁽⁹⁶⁾.

L'unica vera eccezione, tra le previsioni del pacchetto per la modernizzazione, al tendenziale divieto di misure di sostegno al funzionamento, parrebbe essere rinvenibile nella disciplina ambientale. Ma, a ben vedere, anche in questo peculiare settore — così come nei settori della ricerca, sviluppo e innovazione ⁽⁹⁷⁾, dalle caratteristiche altrettanto

(91)*Ibid.*, par. 8.

(92)*Ibid.*, par. 13.

(93)*Ibid.*, par. 14.

(94)Sul che vale sottolineare che vanno intese quali risorse statali anche quelle rese in natura, ossia, in questo settore, la costruzione stessa della rete, cfr. Orientamenti sul finanziamento delle reti a banda larga (2013/C 25/01), par. 10.

(95)*Ibid.*, par. 4: « È particolarmente importante che i fondi pubblici in questo settore siano utilizzati in maniera oculata e che la Commissione assicuri che gli aiuti di Stato siano complementari e non sostitutivi degli investimenti provenienti dagli operatori di mercato. Qualsiasi intervento con fondi statali dovrebbe limitare per quanto possibile il rischio che la misura di aiuto soppianti gli investimenti privati, snaturi gli incentivi agli investimenti commerciali e, in ultima analisi, falsi la concorrenza in misura contraria all'interesse comune dell'Unione europea ».

(96)*Ibid.*, par. 6: « un intervento pubblico a sostegno della banda larga in settori in cui gli operatori privati sarebbero normalmente portati ad investire o in cui hanno già investito potrebbe indebolire in misura considerevole l'incentivo degli operatori commerciali ad investire in questo comparto ». Sul punto F. CHIRICO, N. GAÁL, *A Decade of State Aid Control in the Field of Broadband*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2014, 2014, p. 33, hanno infatti sottolineato che, « as regards Sgei measures, the main concerns behind the Commission's approach overlap with those inspiring the aid compatibility assessment. Preserving the benefits of liberalisation and competition in this sector calls for rigorous control of public funds, channelling them only to areas lacking commercial investments ».

(97)Cfr. Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01) (Disciplina R&S), ove viene richiamata, sin dalle premesse, la "strategia Europa 2020", individuando « nelle attività di ricerca e sviluppo (« R&S ») i fattori chiave per conseguire gli obiettivi di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva ». Il che dunque si pone in linea con quanto auspicato da B. VON WENDLAND, *R&D&I-State Aid Rules at the Crossroads - Taking Stock and Preparing the Revision*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, 2, 2012, pp. 408-409, il quale aveva anticipato che, nei settori di ricerca e sviluppo, la modernizzazione avrebbe dovuto perseguire due primari obiettivi: « First, they should provide enough scope to allow State aid that pursues EU-2020 objectives. Second, they should enable the Commission to verify that such aid effectively delivers on these objectives ». Per le implicazioni della Disciplina R&S in relazione al trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale, e dei limiti che questi incontrano alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato, cfr. G. SCHWENDINGER, *State Aid and Intellectual Property in Contract Research and R&D&I Collaboration*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2013, 2013, p. 698, il quale ad esempio spiega che « a free of charge transfer to the undertaking of the old Ipr brought in by the RO for the purposes of the contract research would be unlawful under State aid law ».

peculiari ⁽⁹⁸⁾ — le deroghe sono strettamente funzionali al raggiungimento dei noti obiettivi europei di incentivazione delle risorse energetiche “verdi” ⁽⁹⁹⁾. Sicché, quelli che potrebbero a prima vista sembrare meri aiuti al funzionamento, sono in realtà misure volte allo sviluppo, sempre in un’ottica di proporzionalità dello strumento adottato rispetto ai risultati da conseguire: l’analisi di compatibilità mira a verificare che i vantaggi conseguibili in relazione agli obiettivi europei siano maggiori degli effetti negativi ⁽¹⁰⁰⁾, che non vi siano altre misure meno intrusive ⁽¹⁰¹⁾, e che l’intervento statale sia indispensabile per migliorare condizioni che il mercato da solo non sarebbe in grado di realizzare ⁽¹⁰²⁾.

Dall’analisi delle diverse discipline facenti parte del pacchetto per la modernizzazione degli aiuti di Stato, si rafforza dunque l’idea per cui non è possibile immaginare che un’attività economica, quale che sia il fine perseguito o il soggetto esercente, possa operare grazie a sovvenzioni statali, anche laddove l’Autorità nazionale reputi che ciò — di per sé — corrisponda ad un interesse pubblico.

In conclusione, nel pacchetto di modernizzazione è rinvenibile una marcata spinta verso il definitivo superamento delle misure volte al mero sostegno al funzionamento. Il che è particolarmente significativo se letto in coordinato con la circostanza per cui la Commissione ha chiarito che intende sottoporre a scrutinio la decisione di uno Stato di qualificare come Sieg una determinata attività, così ponendo un ulteriore barriera alla concreta possibilità di erogare aiuti al funzionamento.

(98) Come spiega la stessa Commissione nella Disciplina R&S, « nel contesto delle attività di Rsi, i fallimenti del mercato possono dipendere dal fatto che gli operatori di mercato non tengono generalmente conto delle esternalità (positive) che ricadono su altri operatori economici e intraprendono pertanto attività di Rsi di livello troppo modesto dal punto di vista della collettività. Analogamente, i progetti di Rsi potrebbero risentire di un accesso insufficiente ai finanziamenti (a causa dell’asimmetria delle informazioni) o di problemi di coordinamento tra le imprese », p. 4. In dottrina, sul punto B. VON WENDLAND, *Public Funding for Research Infrastructures and EU State Aid Rules - Key Issues, Case Examples and State Aid Reform*, in *Eur. St. Aid L.Q.*, vol. 2013, 2013, p. 542, sottolinea in tal senso, in relazione al finanziamento delle infrastrutture, che « where large, complex and costly infrastructures are needed, the market may fail to deliver them by its own forces ». Più in generale, P. LOWE, A. HELD, *Modernisation and Beyond*, Cit., p. 49, in passato avevano anch’essi sottolineato che « there is a general concern over the relative weakness of the European private sector investment in research and development ».

(99) Cfr. Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020 (2014/C 200/01), la quale « stabilisce le condizioni alle quali gli aiuti a favore dell’energia e dell’ambiente possono essere considerati compatibili con il mercato interno » (p. 10), proprio con l’obiettivo di « esaminare gli impatti negativi delle sovvenzioni dannose per l’ambiente tenendo conto dei necessari compromessi tra settori e politiche diversi » (p. 6), nell’ambito del quadro politico per il 2030, che « invoca un impegno ambizioso per una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra in linea con la tabella di marcia per il 2050 » (p. 9), confermando dunque che « la presente disciplina si attiene a tali principi e spiana la strada al quadro politico per il 2030 » (p. 9).

(100) *Ibid.*, par. 26: « Per stabilire se una misura di aiuto notificata possa essere ritenuta compatibile con il mercato interno, generalmente la Commissione analizza se l’aiuto è congegnato in modo tale che i suoi effetti positivi derivanti dal conseguimento di un obiettivo di interesse comune superano i potenziali effetti negativi sugli scambi e sulla concorrenza ».

(101) *Ibid.*, par. 41: « Gli aiuti di Stato non sono l’unico strumento di politica di cui dispongono gli Stati membri per promuovere un maggiore livello di tutela dell’ambiente o la realizzazione di un mercato interno europeo dell’energia ben funzionante, sicuro, accessibile e sostenibile. È importante tener presente che possono esistere altri strumenti più idonei per conseguire tali obiettivi ».

(102) *Ibid.*, par. 34: « a determinate condizioni gli aiuti di Stato possono correggere i fallimenti del mercato, contribuendo al raggiungimento dell’obiettivo comune nella misura in cui il mercato non riesce, da solo, a conseguire un risultato efficiente ».

6. L'indifferenza dei criteri di calcolo dei compensi per oneri di servizio pubblico rispetto al modello di gestione, interno od esterno, di un servizio.

Dal complesso delle disposizioni che compongono il quadro formato dalle nuove misure per la modernizzazione degli aiuti di Stato nei Sieg emerge la chiara preoccupazione della Commissione di assicurare che l'intervento dello Stato si limiti a quanto strettamente necessario a garantire l'esecuzione del servizio pubblico, senza alcuna forma di sostegno che vada oltre a tale finalità.

In proposito vale sottolineare che la misura delle compensazioni che possono eventualmente essere erogate dallo Stato per il sostegno di un'attività economica è del tutto indifferente al modulo organizzativo prescelto. Come si è visto, il diritto europeo resta neutrale alla natura pubblica o privata dell'esercente un'attività economica. Di conseguenza, l'entità delle risorse da trasferire per far fronte ad oneri di servizio pubblico — così come ad altre finalità che ammettono il sostegno pubblico — deve essere calcolata indifferentemente tanto nel caso in cui l'impresa abbia natura privata, quanto in caso di autoproduzione.

Il che comporta la significativa conseguenza che l'eventuale scelta di internalizzare un servizio non legittima comunque in alcun modo compensazioni superiori a quelle erogabili ad un privato.

Nei vari settori che si sono brevemente analizzati sotto tale ottica, si è potuta verificare la tendenziale avversione della Commissione verso misure di aiuto finalizzate al mero sostegno dell'attività, le quali, in prospettiva europea, causano un danno alla concorrenza intraeuropea senza alcun proporzionale beneficio. Non sussistendo oneri di servizio da compensare, la Commissione ha chiarito che una misura di aiuto che non miri altro che a consentire l'esercizio delle attività economiche sarà difficilmente compatibile con il mercato interno.

Ed è a questo punto utile ricordare che la Commissione ha inteso definire in modo piuttosto circostanziato quali attività possano essere considerate di interesse economico generale, così preannunciando che un'eventuale decisione di uno Stato membro di sottrarre alla concorrenza un servizio, e di sovvenzionarne l'esecuzione per asserite esigenze di interesse pubblico, può senz'altro essere scrutinata in caso di « errore manifesto ». Il che, dunque, restringe sensibilmente la possibilità per gli Stati membri di configurare attività che possano ricevere sovvenzioni al funzionamento (per compensare i maggiori oneri di servizio pubblico).

Dal che si possono tracciare alcune interessanti conseguenze in ordine alla facoltà di scelta dell'Amministrazione circa le modalità di gestione di un servizio di sua competenza.

7 Le conseguenze in ordine alla possibilità di ricorrere ad un affidamento *in house* per la gestione di un servizio pubblico derivanti dalla disciplina degli aiuti di Stato sulle compensazioni.

Data la già precisata indifferenza dell'Europa rispetto alla natura pubblica o privata di un'impresa e la menzionata ristretta finalità che una compensazione per oneri di servizio pubblico può avere, anche nel caso di attività economiche svolte in regime di

autoproduzione secondo lo schema dell'*in house providing* ⁽¹⁰³⁾, si può a questo punto mettere in luce una rilevante conseguenza del regime che la disciplina sugli aiuti di Stato impone, specie dal quadro risultante dal pacchetto per la modernizzazione.

Laddove l'Amministrazione scelga di affidare mediante rapporto *in house* ad una propria società lo svolgimento di un determinato servizio, e tale servizio, qualificabile come Sieg, legittimi l'erogazione di compensazioni, non si potranno comunque avere sovvenzioni maggiori a quelle di cui avrebbe potuto beneficiare un'impresa terza scelta sul mercato. E ciò appare del tutto significativo in quanto comporta altresì che l'Amministrazione non potrà ripianare i possibili maggiori costi della propria partecipata dalla eventuale perdita di efficienza dell'autoproduzione e che, perciò, ove l'internalizzazione mediante *in house* non sia economicamente sostenibile senza aiuti statali, la stessa dovrà essere scartata, se non a pena di adottare una soluzione che già dalle premesse si appalesa fallimentare.

Nell'ambito dell'analisi economica l'Amministrazione dovrà perciò determinare se, sotto un profilo esclusivamente economico, sia in grado di espletare essa stessa il servizio in autoproduzione, ovvero se sia più conveniente affidarsi a terzi ⁽¹⁰⁴⁾.

Per fare ciò, l'Ente dovrà condurre un'attenta analisi del mercato di riferimento, al fine di stabilire le concrete condizioni in cui il servizio sarà svolto ⁽¹⁰⁵⁾. Non è certo necessario che la valutazione sia condotta in riferimento all'effettivo mercato sul quale l'Ente è territorialmente competente, posto che non sempre è detto che un mercato ivi già esista, ma può ritenersi sufficiente che detta analisi sia condotta prendendo a parametro mercati

(103) Come noto tale forma di affidamento costituisce una delle principali modalità attraverso cui, in ottica europea, è possibile internalizzare lo svolgimento di determinate attività. Data la notevole produzione dottrinale sul tema, per un preliminare inquadramento delle principali questioni che vengono in gioco in relazione all'*in house providing*, si rinvia per tutti all'ancora utile contributo di D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Cit. Fra i più recenti studi sul tema si possono poi in questa sede anche ricordare: C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustamm.it*, 3, 2014; A. TRAVI, *La disciplina di riferimento dei servizi pubblici di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico*, in M. Dugato; F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, 2014, p. 167 ss.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. Dugato; F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna, 2014, p. 213; V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. Tar*, 1, 2013, p. 385 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2012, p. 723 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in R. Bifulco; A. Celotto; M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento, 2012 Ed., UTET, Torino, 2012, p. 629 ss.; G. PIPERATA, *I Servizi Pubblici locali*, in *ASTRID*, 2012

(104) L'eventuale convenienza del mercato rispetto all'autoproduzione potrebbe derivare da molteplici fattori. Si pensi ad esempio al fatto che un privato affidatario di servizi della medesima specie da parte di più amministrazioni potrebbe beneficiare più facilmente di economie di scala, riutilizzando risorse e mezzi su più mercati, mentre un soggetto *in house*, od una società mista, in ragione dei limiti imposti a livello europeo alla possibilità di espandere le proprie attività, si vedrebbe preclusa tale possibilità. Ne deriva che, nell'ambito di un affidamento internalizzato, sarebbe necessario assicurarsi che il bacino di utenza sia sufficiente a garantire l'integrale copertura dei costi, senza ulteriori significative possibilità di aumentare la redditività dell'impresa.

(105) In tal senso W. TROISE MANGONI, *Affidamento in house e parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 298.

limitrofi o, comunque, analoghi, così da acquisire sufficienti informazioni circa la fattibilità economica delle diverse opzioni a disposizione, l'efficacia di ciascuna ed, in ultima analisi, la rispondenza di ognuna alle concrete esigenze dell'utenza ⁽¹⁰⁶⁾.

Detta analisi assume particolare rilevanza in rapporto ai servizi pubblici locali in quanto, specie nel nostro ordinamento, non è affatto scontato che il bacino d'utenza rilevante sia sufficiente a sorreggere una gestione mono-comunale ⁽¹⁰⁷⁾. Ove si riferisca il discorso ai piccoli e piccolissimi comuni della realtà italiana, si può facilmente dubitare che una gestione vincolata ad un determinato ristretto territorio possa risultare fattibile, non potendo fruire di significative economie di scala ⁽¹⁰⁸⁾.

Detto momento valutativo dovrebbe restare ben distinto da quello strettamente "publicistico" volto alla definizione degli eventuali oneri, e conseguenti eventuali compensazioni, da imporre al fine di garantire il soddisfacimento degli interessi pubblici curati. Come già si è detto, anche in caso di autoproduzione mediante *in house*, lo svolgimento delle attività economiche deve avvenire nel rispetto delle « regole di concorrenza ». Ne deriva, quindi, che il momento valutativo circa gli interessi pubblici rilevanti nella fattispecie, e quindi gli eventuali oneri cui sottoporre il servizio e le relative eventuali compensazioni, dovranno essere determinati in modo assolutamente indifferente rispetto al modello di gestione adottato, sia esso in autoproduzione od in esternalizzazione.

Ciò significa che, come già anticipato, eventuali compensazioni per oneri di servizio pubblico non potranno incidere sul giudizio di fattibilità del servizio, in quanto esse dovranno essere esclusivamente limitate a quella stretta misura necessaria a ripianare i maggiori costi derivanti da oneri non rientranti nell'ordinaria attività di impresa ⁽¹⁰⁹⁾.

Conseguenza necessaria di tale premessa è che, indipendentemente dalla primazia degli interessi pubblici coinvolti, e dalla eventuale convinzione dell'Amministrazione che

(106) Cfr. ancora W. TROISE MANGONI, *Ibid.*, p. 301, il quale tuttavia sottolinea che « la richiesta di tali informazioni ai soggetti interessati allo svolgimento del servizio incontra un ostacolo naturale nella necessità, per la singola impresa, di preservare dalla pubblicità profili delicati, e quindi non facilmente divulgabili, relativi alla propria attività industriale; dall'altro, perché anche il riferimento a contesti territoriali diversi, da utilizzarsi come termine di confronto, soffre delle inevitabili approssimazioni derivanti dalla diversità dei mercati comparati. In ultima analisi, i dati sui quali può fondarsi l'analisi economica circa i possibili costi e benefici dei diversi modelli di gestione dei servizi comparati tra loro non possono che essere difficilmente verificabili e, quindi, privi di una chiara significatività ». Ed ancora, afferma l'Autore che « delineati in estrema sintesi i profili di estrema problematicità posti dalla necessità di effettuare una comparazione tra i diversi modelli di gestione del servizio in termini di utilità economica, è possibile passare in rassegna i non meno complessi aspetti relativi al confronto tra i suddetti modelli, in considerazione della loro efficacia, avendo presente che, come si è accennato, l'efficacia attiene alla perseguibilità degli obiettivi di pubblico interesse che l'ente locale si prefigge nell'organizzare il servizio pubblico. Nell'espletamento di una simile valutazione, l'ente locale non può sottrarsi dal compiere una valutazione comparativa tra interessi, tutti in astratto meritevoli di tutela, ma potenzialmente in conflitto tra loro » (*ibid.*, pag. 302).

(107) Ha condivisibilmente sollevato tale problema F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Cit., pp. 76-77. Sul punto cfr. anche D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Cit., par. 4.

(108) Proprio in ragione di tale limite intrinseco di molte realtà locali italiane, si è allora suggerito di, alternativamente, slegare le società gestrici dei servizi dagli enti locali, in modo che le stesse siano libere di muoversi sul mercato, ovvero, adattare la dimensione del bacino d'utenza alle dimensioni di mercato, cfr. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Cit., p. 79. In linea con la seconda opzione suggerita dall'Autore, ossia l'accorpamento dei bacini d'utenza, sembra essersi mosso di recente il legislatore, prevedendo, per i comuni minori, un obbligo di associazionismo nell'esercizio di alcune funzioni fondamentali. Sul punto, anche in merito ai non indifferenti dubbi di legittimità costituzionale che le modalità della riforma hanno sollevato, si permetta di rinviare alle considerazioni svolte in G. CARULLO, *Obbligo di esercizio « associato » delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2013.

(109) *Ibid.*

solo una gestione internalizzata del servizio potrebbe soddisfarli, la concreta possibilità di disporre un affidamento *in house* resta anzitutto subordinata alla previa valutazione di fattibilità economica. Posto, infatti, che una gestione internalizzata mediante *in house providing*, se in perdita, non potrebbe essere supportata da sovvenzioni statali oltre i limiti consentiti da eventuali oneri di servizio pubblico, l'insostenibilità economica dell'iniziativa imporrebbe di valutare, in alternativa, o una rimeditazione degli obiettivi da perseguire — e quindi dei contenuti del servizio da offrire —, oppure l'erogazione del servizio tramite altre formule in grado di generare maggiori efficienze. Ad esempio si potrebbero concludere accordi con altre Amministrazioni in modo da ampliare il bacino di utenza, od ancora valutare l'opportunità di rivolgersi al mercato e, quindi, ad operatori economici dotati di sufficienti mezzi e risorse tali da poter beneficiare di economie di scala atte ad assicurare la sostenibilità del servizio anche per un (ulteriore) bacino di utenza, pur se in ipotesi relativamente limitato ⁽¹¹⁰⁾.

8. Conclusioni: il ruolo dello Stato quale mero garante degli oneri di servizio pubblico in un'ottica di incentivazione della concorrenza per il miglioramento del servizio.

Dal quadro descritto emerge in ultima analisi una chiara tendenza a ridurre, anche nel settore dei Sieg, il sostegno pubblico alle attività economiche, pubbliche o private che siano. In tal senso non solo appare più rigida la valutazione stessa di cosa possa essere qualificato come di interesse economico generale, ma vengono anche definite più chiaramente, accogliendo un'impostazione oggettiva e strettamente verificabile, le modalità attraverso cui si possono riconoscere compensazioni per oneri di servizio pubblico.

In tale ultima prospettiva appare poi particolarmente significativo che la Decisione 2012/21/UE abbia ridotto del 50% gli importi entro cui si può ammettere che una compensazione, laddove costituente un aiuto *ex* articolo 107, paragrafo 1, Tfu, possa dirsi compatibile con il mercato interno. Detta riduzione appare infatti un preciso indice della direzione intrapresa dalla Commissione: come la stessa chiarisce nelle premesse della Decisione, lo sviluppo del mercato interno ed il conseguente efficientamento dei processi produttivi permette un progressivo arretramento del sostegno pubblico ⁽¹¹¹⁾.

Ed appare particolarmente interessante notare che tale prospettiva non è limitata ai soli Sieg, ma traspare da tutto il complesso di provvedimenti adottati nel pacchetto per la modernizzazione degli aiuti di Stato. Come si è potuto verificare, in più parti la Commissione ha delineato una politica di intervento sempre meno favorevole al sostegno, inteso quale mero aiuto al funzionamento, ed invece tesa allo sviluppo. Le misure statali di aiuto dovranno sempre più essere volte al miglioramento delle condizioni del mercato, affinché, in un processo di continuo efficientamento dello stesso, possano essere centrati gli obiettivi di crescita e sviluppo sostenibile dello stesso.

(110) In tal senso il recente *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del 7 agosto 2014, a cura del Commissario Straordinario per la revisione della spesa, nell'ambito delle politiche di efficientamento delle partecipate ha infatti indicato di favorire lo sfruttamento di economie di scala, specie nei servizi pubblici locali a rete, salvo il peculiare settore del trasporto pubblico locale, per il quale sono state suggerite alcune misure *ad hoc* (cfr. *ivi*, pagg. 20 ss.).

(111) Afferma infatti la Commissione al decimo considerando della Decisione 2012/21/UE che
« visto lo sviluppo del commercio intraunionale nel settore della gestione dei [Sieg, n.d.r.], evidenziato in particolare dal forte sviluppo dei gestori multinazionali in vari settori di grande importanza per lo sviluppo del mercato interno, è opportuno abbassare il limite dell'importo delle compensazioni che possono essere esentate dall'obbligo di notifica ».

In altri termini, il miglioramento del servizio non può essere perseguito dallo Stato tramite i propri poteri pubblicistici, ma deve essere lasciato al mercato, mentre l'intervento pubblico può esserci solo nella limitata misura in cui ciò sia necessario al fine di garantire l'erogazione di quelle specifiche prestazioni di interesse pubblico altrimenti non sostenibili. Il che non significa tuttavia che lo Stato debba rinunciare *ex se* ad operare nel mercato, ma solo che, ove intenda agire attivamente, dovrà muoversi secondo le regole dello stesso, rinunciando — questo sì — ai propri poteri autoritativi in rapporto a tutte le attività che possono essere svolte in regime di libero scambio.

L'obiettivo oggi solennemente enunciato all'articolo 3, paragrafo 3, Tue secondo cui l'Unione europea si adopera per uno sviluppo sostenibile basato « su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva » impone che anche le Autorità nazionali debbano concorrere, per quanto di loro competenza, al raggiungimento di tale obiettivo, secondo modalità compatibili con quelle fissate nel contesto sovranazionale. Sicché forme di interventismo nell'economia di sostegno alle imprese in difficoltà divengono incompatibili con il mercato interno non solo in quanto lesive della concorrenza, ma anche in quanto in contrasto con gli obiettivi di crescita — e le modalità attraverso cui conseguire tale crescita — che gli stessi Stati membri si sono voluti imporre con il Trattato di Lisbona ⁽¹¹²⁾.

È in questo senso, dunque, che si può oggi rivedere il ruolo dello “Stato finanziatore” ⁽¹¹³⁾: lo Stato è finanziatore dello sviluppo, non delle singole attività economiche.

Il che ben si inserisce in quella linea evolutiva del ruolo delle Autorità pubbliche che, a partire dalla fine del XX secolo, ha portato inizialmente a superare lo schema dello “Stato imprenditore” in favore dello “Stato regolatore” ⁽¹¹⁴⁾ e che successivamente ha comportato il passaggio da un'amministrazione per atti e provvedimenti ad un'ammini-

(112) In proposito torna dunque alla mente quanto affermato da G. DELLA CANANEA, *La disciplina giuridica delle finanze dell'unione e delle finanze nazionali*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 310, il quale, nel sottolineare che l'ordinamento europeo « non vieta gli aiuti in quanto tali », sottolinea altresì che questo « stabilisce una norma di tipo permissivo condizionato » e che « i controlli volti ad assicurarne il rispetto sono interamente nelle mani della Commissione, tenuta soltanto a rispettare le norme stabilite dal Consiglio ». Sicché, quel « disfavore nei confronti delle agevolazioni pubbliche » di cui parla l'Autore sembra oggi trovare ulteriore conferma e specificazione, attraverso la definizione di quale direzione dovrebbero intraprendere gli aiuti per risultare in linea con gli obiettivi ritenuti compatibili con i Trattati.

(113) Espressione da tempo in uso in dottrina, basti pensare alla celebre opera di D. SERRANI, *Lo stato finanziatore*, F. Angeli, Milano, 1971. Sull'evoluzione storica del ruolo dello Stato finanziatore, sua origine e crisi nel corso del '900, cfr. per tutti G.P. MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. IV, II Ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 529 ss.

(114) Sottolinea come tale passaggio sia stato influenzato in modo determinante dell'Unione europea, M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, par. 1. Sottolinea tale passaggio anche S. CASSESE, *La nuova Costituzione Economica*, Laterza, Bari, 1995, p. 7 e *passim*, il quale, nell'individuare le fasi che hanno caratterizzato l'economia nazionale, parla di « Stato imprenditore e pianificatore (o dell'economia mista) » cui ha fatto seguito lo « Stato del benessere (o Stato sociale) ». Del pari, anche F.G. SCOCA, *La Pubblica Amministrazione e la sua evoluzione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 70, afferma che « per l'influsso delle idee liberali rese preponderanti per opera delle Istituzioni europee, viene considerata superata la figura dello Stato imprenditore e viene affermato che lo Stato deve limitarsi a dettare le regole per il corretto sviluppo dell'economia: lo Stato diventa regolatore », ed *ibid.*, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in Atti del Convegno « *Le società pubbliche* », Editoriale Veneta, Venezia, novembre 2004, p. 22, secondo cui la trasformazione è stata dovuta principalmente all'impatto del diritto comunitario ed all'affermarsi di mercato pienamente aperto alla concorrenza.

strazione per servizi ⁽¹¹⁵⁾. Si può infatti oggi aggiungere un fondamentale tassello in tale processo di riforma: la crescente rilevanza del contesto europeo comporta la necessaria conformazione dei pubblici poteri non più (solo) al regime di concorrenza del mercato interno, ma anche alle linee direttrici del modello di sviluppo di tale mercato, diseguate — ed imposte — dalle norme europee ⁽¹¹⁶⁾, ivi incluse in particolare quelle in tema di aiuti di Stato ⁽¹¹⁷⁾.

Ricordando dunque quanto affermato da un'autorevole Dottrina, ossia che con l'apertura del mercato europeo « da un lato, i mercati perdono la loro identità nazionale; dall'altro, lo Stato viene progressivamente sostituito da un organismo sovranazionale » ⁽¹¹⁸⁾, si può in ultimo suggerire che il processo di condizionamento del ruolo dello Stato nel campo dei Sieg che emerge dalla disciplina europea in materia di aiuti di Stato risulta coerente con quel fenomeno da più parti analizzato di progressiva perdita di peso degli Stati nazionali nella determinazione delle scelte economiche, sempre più dipendenti dal contesto globale e dai condizionamenti da questo derivanti ⁽¹¹⁹⁾.

(115) Sul che, per tutti, si veda l'approfondita analisi del fenomeno esposta da B.L.

BOSCHETTI,

Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi, CEDAM, Padova, 2007, *passim*.

(116) Il che, se non altro, sembra auspicabile anche solo per semplici ragioni di finanza pubblica, condividendo l'idea della « insostenibilità finanziaria dello stato economico-sociale, così come era andato sviluppandosi a partire dagli anni Sessanta », cfr. B.L. BOSCHETTI, *Economia e forme giuridiche*, in *Dir. Ec.*, 3, 2007, p. 469.

(117) Del resto, che le normative in materia di libera circolazione, di concorrenza e sugli aiuti di Stato siano gli strumenti attraverso cui si è progressivamente formato il mercato unico europeo è cosa da tempo sottolineata dalla dottrina, sul che per tutti si veda l'autorevole contributo di S. CASSESE, *La nuova Cost. Ec.*, Cit., p. 31.

(118) Cfr. S. CASSESE, op. ult. Cit., *ibidem*. Sul che cfr., sotto diverso angolo prospettico, anche

G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *I principi*, Cit., p. 67, secondo cui « i vari diritti amministrativi non possono essere più concepiti come risultanti della dialettica (...) tra il momento della libertà e quello dell'autorità. Si pensi ai divieti disposti in rapporto (...) all'erogazione di aiuti finanziari alle imprese: (...) la Comunità ha ampliato le libertà dei singoli non solo nell'accesso al mercato, ma anche al di fuori di esso ».

(119) Sul punto si veda ad esempio S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Mulino, Bologna, 2013, il quale analizza il quadro attuale sottolineando come, dalla coesistenza degli Stati e di una molteplicità di istituzioni sovranazionali, emerga un nuovo regime politico globale, la « global polity ». Lo stesso Autore aveva peraltro già in precedenza rilevato come vi sia un progressivo arretramento della sovranità statale in conseguenza dell'avanzare di quella dell'economia, cfr. *ibid.*, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in C. Franchini; L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo: riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Mulino, Bologna, 2002, p. 11. Invece, F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2006, p. 313, ha posto l'accento sulla crisi delle norme statali quale conseguenza della globalizzazione. Ancora M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2009, par. 1, sottolinea la tensione tra la dimensione nazionale dell'ambito di incidenza del potere pubblico e la dimensione transnazionale del regolato e le conseguenze che ne derivano, suggerendo che, onde evitare i fallimenti del mercato, la regolazione dovrebbe divenire sovranazionale, attraverso forme di cooperazione internazionale. Sul punto A. MASSERA, *Oltre lo stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2001, par. 1, sottolinea che

« l'internazionalizzazione della finanza finisce per apportare alla sovranità degli Stati stessi limitazioni ben maggiori di quelle derivanti dalla loro adesione a organizzazioni internazionali ». Per un quadro delle diverse teorie sulle tema, anche di stampo sociologico, ed economico, si veda G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, ove l'Autore, nell'anticipare le tesi che formeranno poi oggetto di studio in *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Mulino, Bologna, 2009, conclude che « una volta acquisita consapevolezza del fatto che lo Stato non è più l'ente supremo, ma un (tuttora essenziale) soggetto nello spazio giuridico globale, bisognerebbe anche ripensare criticamente la « dottrina dello Stato », cioè considerarla in prospettiva storica, e gettare le basi di una nuova fase della riflessione giuridica riguardante i pubblici poteri » (*I pubblici poteri*, Cit., par. 12).