

SERVIZI PUBBLICI

La specificità dell'erogazione da parte di società cooperative

Andrea Maria Altieri

Quaderni

**Fondazione Ivano Barberini**

Per lo studio e la divulgazione  
della Storia e Civiltà della Cooperazione

**Fondazione Ivano Barberini per la divulgazione della Storia e Civiltà della  
Cooperazione**

**Progetto di ricerca “Lo spazio pubblico in Italia: la letteratura e le ricerche, con  
particolare riferimento all’art. 43 della Costituzione”**

# **Servizi pubblici: la specificità dell'erogazione da parte di società cooperative**

**Andrea Maria Altieri**

Aprile 2012

## INDICE

Introduzione: l'approccio cooperativo ai servizi pubblici.	p. 4
1. L'impianto teorico delle società cooperative: le imprese di pubblici servizi.	p. 8
2. Il passaggio dal vecchio al nuovo regime dei servizi pubblici: brevi cenni.	p. 12
3. Servizi pubblici: quadro normativo del settore dell'energia elettrica e del gas.	p. 15
3.1 La cooperativa come grossista di energia.	p. 16
3.2 Le cooperative elettriche.	p. 20
3.3. La cooperativa e l' <i>empowerment</i> dei consumatori.	p. 23
4. Servizi pubblici locali.	p. 24
4.1. La <i>governance</i> delle cooperative di utenza.	p. 25
4.2. L'affidamento del servizio: il quadro normativo e giurisprudenziale.	p. 31
4.3 L'autoproduzione di servizi pubblici locali	p. 41
4.4. La regolazione.	p. 43
Conclusioni.	p. 48
Bibliografia.	p. 51
Normativa.	p. 55
Giurisprudenza.	p. 58

## **Introduzione: l'approccio cooperativo ai servizi pubblici.**

Molti degli autori che si sono occupati della società in forma cooperativa hanno posto l'accento sui notevoli effetti positivi, oltre alla garanzia di un vantaggio mutualistico per i soci, che la stessa produce verso l'esterno attraverso il suo modo di fare impresa<sup>1</sup>. Questi effetti positivi sono sostanzialmente prodotti da alcuni dei pilastri della cooperazione: il principio democratico che ne ispira la *governance*, le reti di cooperative che storicamente si sono formate (la cd. *intersectorialità*), la comunanza di obiettivi e valori dei soci, la vicinanza con la comunità locale di riferimento<sup>2</sup>. Nel nostro ordinamento, l'importanza dell'impresa cooperativa è stata sancita a livello costituzionale dall'art. 45, comma primo, il quale ne riconosce la "funzione sociale" e ne "promuove e favorisce l'incremento". Il riconoscimento costituzionale del ruolo sociale della cooperativa è funzionale all'applicazione degli obiettivi posti dagli artt. 1 e seguenti della Costituzione stessa: da un lato si vuole incentivare la maggior articolazione della diffusione della ricchezza e del potere economico e, dall'altro, attraverso questa forma di impresa si gettano le basi per un processo di socializzazione basato sui principi di democrazia e uguaglianza, principi su cui si fonda il nostro intero ordinamento<sup>3</sup>. Anche a livello sovranazionale l'impresa cooperativa ha ricevuto importanti forme di riconoscimento della propria funzione sociale, come da parte della Commissione europea che, con una comunicazione, ha inteso "promuovere lo sviluppo del settore delle cooperative in Europa migliorandone la

---

<sup>1</sup> Si v. tra tutti l'opinione di J.S.Mill che predisse il trionfo finale della cooperativa sulla forma di impresa che vedeva «il capitalista come capo e gli operai senza alcuna voce nella direzione dell'impresa»; ciò avrebbe permesso un aumento della produttività del lavoro grazie allo stimolo dato ai lavoratori dalla cooperativa e avrebbe trasformato la «vita umana da un conflitto di classi in lotta per interessi opposti, ad un amichevole emulazione nel perseguimento di un bene comune a tutti». Si v. *Principi di economica politica*, Editori Riuniti, Roma, 1979, 154 ss.

<sup>2</sup> Si v. tra gli altri S. Zamagni, *Per una nuova teoria economico-civile dell'impresa cooperativa*, in E.Mazzoli, S.Zamagni (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2006, 41 ss.

<sup>3</sup> Si v. A.Nigro, *Art. 45*, in A. Nigro, G. Ghezzi, F. Merusi, *Rapporti economici*, III, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980, 2.

visibilità, le caratteristiche e la comprensione”<sup>4</sup>. Inoltre, le Nazioni Unite hanno dichiarato il 2012 l’anno mondiale delle cooperative.

Le cooperative hanno già ampiamente dimostrato di poter erogare servizi che sono stati per lungo tempo appannaggio dei pubblici poteri, precipuamente quelli relativi alla persona, come nel caso delle cooperative sociali che sono divenute uno degli interlocutori privilegiati della pubblica amministrazione<sup>5</sup>. Le cooperative sociali hanno dimostrato di possedere vantaggi peculiari della loro forma societaria: la capacità di soddisfare uno scopo collettivo con i criteri di efficienza propri delle imprese private, il radicamento nel territorio d’azione, una componente fiduciaria dovuta all’impianto valoriale della cooperativa che – scoraggiando comportamenti opportunistici – consente di minimizzare i costi di transazione, la capacità di prevedere il fabbisogno dei propri utenti<sup>6</sup>.

In questa sede si cercherà di analizzare come le cooperative possano operare nei servizi pubblici alla luce del *surplus* qualitativo che la società cooperativa produce, ferma restando una capacità di stare sul mercato pari a quella di una società *for profit*.

Una prima ipotesi circa l’erogazione in forma cooperativa di servizi pubblici implica che la cooperativa abbia una maggiore conoscenza delle preferenze degli utenti, ipotesi suffragata dal caso delle cooperative sociali e dalle cooperative di pubblici servizi nell’esperienza statunitense. Questo vantaggio informativo permetterebbe alla cooperativa di produrre un servizio qualitativamente migliore; il principio democratico della cooperazione e le altre caratteristiche ad esso collegate potrebbero essere strumenti idonei a convogliare bisogni e preferenze degli utenti

---

<sup>4</sup> Si v. *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla promozione delle società cooperative in Europa*, Bruxelles 23.2.2004, COM(2004) 18 definitivo, 5.

<sup>5</sup> Si v. F. Gagliarducci, A. Iurleo, *Cooperative sociali*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva, Pubblica amministrazione e terzo settore*, Bagno a Ripoli, Astrid-Passigli Editore, 2008.

<sup>6</sup> Si v. A. Thomas, *Gli elementi di competitività delle cooperative sociali*, in *Economia e diritto del terziario*, 2002, 2, in part. 660-665.

nell'erogazione del servizio in settori che attualmente presentano alcune criticità, come quello idrico e quello dei rifiuti. I pilastri della cooperazione possono essere inoltre strumenti utili ed efficaci per il coinvolgimento e la partecipazione degli utenti alle scelte di investimento e sviluppo i cui costi e benefici, nel caso dei servizi pubblici locali, ricadono in maniera sostanziale su tutta la cittadinanza. Una tesi nota in letteratura è che la società cooperativa possa ridurre i costi transattivi legati alla produzione di un servizio allineando gli interessi dell'impresa a quelli degli utenti<sup>7</sup> e che, in una prospettiva di lungo periodo, possa ridurre gli stessi costi relativi all'individuazione di necessità future da ottemperare attraverso piani di sviluppo che coinvolgano nelle scelte l'utenza o parte di essa. In una fase di sostanziale riduzione delle risorse pubbliche, l'auto-gestione da parte degli utenti potrebbe configurarsi quale valida alternativa rispetto alle carenze che contraddistinguono la produzione pubblica di beni e servizi.

Per quanto riguarda tutti quei servizi in monopolio naturale e quindi sottoposti ad affidamento tramite gara pubblica, si rinviene una prima criticità in relazione alla capacità della cooperativa di primeggiare nella gara di affidamento del servizio cercando di far valere il proprio *surplus* qualitativo in un contesto in cui tale parametro risulta difficilmente misurabile e verificabile. Va detto che nel contesto dei servizi economici di interesse generale, a differenza dei servizi alla persona – considerati non profittevoli – nei quali operano le cooperative sociali, non si può prescindere dal principio di libera concorrenza sancito dall'ordinamento europeo e, quindi, dall'obbligo di gara pubblica per l'affidamento a terzi della gestione di tali servizi. Per questo motivo si proverà anche a ragionare sulla possibilità che, in virtù dell'allineamento di obiettivi tra cooperativa e pubblica amministrazione, la prima possa divenire un'alternativa prevista *ex*

---

<sup>7</sup> Si v. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, Il Mulino, 2005, 190-191.

*lege*<sup>8</sup> alla gestione diretta da parte dell'amministrazione, secondo il modello cd. *in house providing*.

Dapprima sarà brevemente delineata la teoria economica sulle cooperative e in seguito verrà analizzato il ruolo esercitato dalle cooperative di utenza in contesti concorrenziali quali i mercati energetici, nei quali le stesse possono svolgere una pluralità di ruoli: dal ruolo di produttore a quello grossista-fornitore per i propri soci, ed anche un ruolo di guida nella scelta di consumo dei propri soci (*empowerment*). Di seguito, il lavoro si focalizzerà sull'ipotesi di fondo che il coinvolgimento delle cooperative come affidatarie di un servizio pubblico locale – quindi in una situazione di monopolio naturale – o come socio privato nell'azienda mista possa portare ad un miglioramento del servizio contribuendo alla tutela di interessi collettivi. Questa ipotesi necessita di essere analizzata sotto tre aspetti: quello della migliore *governance* della cooperativa finalizzata alla gestione di un servizio pubblico, quello relativo al tipo di affidamento attraverso il quale la cooperativa possa arrivare alla gestione del servizio e quello concernente la regolazione ed il controllo del servizio svolto dagli enti locali e dalle autorità indipendenti di settore. Sarà inoltre presa in considerazione la possibilità che le cooperative scelgano di completare l'offerta del monopolista erogando servizi aggiuntivi per i propri soci operando in autoproduzione.

---

<sup>8</sup> Il modello di riferimento potrebbe essere la Legge 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n.283 del 3 dicembre 1991, che all'art. 5 prevede la possibilità per le amministrazioni di affidare direttamente a cooperative sociali la fornitura di beni e servizi sotto determinate situazioni.

## **1. L'impianto teorico delle società cooperative: le imprese di pubblici servizi.**

Le teorie economiche hanno sovente inquadrato le società cooperative, nate storicamente dopo l'avvento della società capitalistica, come una sorta di rimedio compensativo in risposta al "fallimento" di quest'ultima rispetto a ciò che non riesce a garantire. Una seconda interpretazione vede nella cooperativa una forma più avanzata d'impresa rispetto a quella capitalistica, una forma di impresa che si sviluppa nei paesi socialmente più avanzati e non si limita alla mera produzione di beni e servizi ma, al tempo stesso, permette la realizzazione dei soggetti coinvolti riuscendo contestualmente a soddisfare interessi collettivi<sup>9</sup>.

Secondo l'interpretazione classica, la società cooperativa rimane un'esperienza di nicchia; nella seconda interpretazione, al contrario, l'economia di mercato si considera come il *genus* di cui il capitalismo è solo una delle specie<sup>10</sup>. Le critiche mosse alla società cooperativa riguardo ad una sua presunta inefficienza rispetto alla forma capitalistica andrebbero riviste alla luce del fatto che lo stesso criterio di efficienza non è di per sé neutro ma sottende giudizi di valore e dovrebbe quindi tenere presente anche le innegabili esternalità positive prodotte dall'agire cooperativo<sup>11</sup>. Questo filone di studio afferma che l'interesse verso le cooperative, e la loro peculiarità, sorge quando se ne riconoscono le peculiarità che vanno al di là della mera produzione e dello scambio di beni e servizi, ad esempio la difesa del principio democratico nella *governance* aziendale, la produzione di beni di interesse collettivo, il coinvolgimento di molti *stakeholder* e una funzione distributiva<sup>12</sup>. Se si prendono in considerazione i servizi alla persona si nota come le cooperative riescano a produrre esternalità positive

---

<sup>9</sup> Si v. S. Zamagni, *Per una nuova teoria economico-civile dell'impresa cooperativa*, cit., 15-16.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 25 ss.

<sup>11</sup> *Ibidem*, 41.

<sup>12</sup> Si v. C. Borzaga, E. Tortia, *Dalla cooperazione mutualistica alla cooperazione per la produzione di beni di interesse collettivo*, in E. Mazzoli, S. Zamagni (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, cit., 261.



che vanno a coincidere con gli obiettivi che la pubblica amministrazione intende perseguire<sup>13</sup>; questo elemento risulta molto importante alla luce della possibilità che vengano erogati in forma cooperativa anche i servizi pubblici di rilevanza economica.

Il ruolo delle cooperative nell'erogazione di servizi pubblici locali è stata già analizzata da Hansmann<sup>14</sup> che ne ha delineato le condizioni di esistenza. La prospettiva dell'Autore è quella dei costi transattivi<sup>15</sup> che, alla luce delle numerose imperfezioni del mercato, tende a vedere assegnati determinati diritti di proprietà all'interno dell'impresa a chi riesce a ridurre l'impatto di questi costi. Tra le variabili prese in considerazione dall'Autore rilevano il potere di mercato, l'effetto *lock in*, la contrattazione di lungo termine, le asimmetrie informative e la distribuzione delle preferenze tra tutti gli *stakeholder*<sup>16</sup> dell'impresa<sup>17</sup>. In particolare, secondo l'Autore l'esistenza delle cooperative negli Usa è determinata dal grado di eterogeneità e dalla mutevolezza degli utenti più che da altre considerazioni quali l'assunzione del rischio o l'accesso al capitale. I settori in cui sono presenti cooperative di utenti negli Usa sono quelli della distribuzione dell'energia elettrica e della telefonia nelle sole zone rurali del paese; ciò, a detta dell'Autore, è reso possibile dall'omogeneità delle preferenze degli utenti. Infatti, la quota di utenti residenziali e quella di utenti commerciali e industriali si equivalgono sia per numero che per peso complessivo nella domanda. Tale omogeneità permette di abbattere i costi di transazione dovuti alla contrattazione e al governo di tali imprese. Inoltre, i costi sostenuti dagli utenti sono ammortizzati nel lungo periodo grazie al fatto

---

<sup>13</sup> Si v. *I rapporti con la pubblica amministrazione*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e terzo settore*, parte seconda, cit.

<sup>14</sup> Si v. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, cit., cap. VIII.

<sup>15</sup> A tal riguardo si v. O. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, Franco Angeli, 1992.

<sup>16</sup> In realtà l'autore utilizza il termine *patron* riferendolo a «tutte le categorie di soggetti che intrattengono relazioni contrattuali con l'impresa, sia come acquirenti dei prodotti della stessa sia come fornitori di scorte, manodopera ed altri fattori di produzione», si v. H. Hansmann, *La proprietà dell'impresa*, cit., 20-21.

<sup>17</sup> *Ibidem*, capitolo secondo.

che gli stessi utenti hanno una bassissima propensione allo spostamento e possono cedere la quota di utili che ricevono dall'impresa di servizi contestualmente alla cessione della propria attività o comunque trasferirla alla generazione successiva<sup>18</sup>. Hansmann sottolinea come nella fase di partenza queste cooperative non abbiano necessitato dei sussidi pubblici di cui hanno goduto solo in seguito e in misura sostanzialmente marginale<sup>19</sup>. Questa assunzione ci dovrebbe far pensare che, alle stesse condizioni di omogeneità delle preferenze e di prospettiva di lungo periodo per l'investimento in una determinata comunità, la stessa situazione si possa replicare altrove attraverso una gestione diretta da parte degli utenti del servizio stesso.

Di fronte alla possibilità che imprese cooperative operino nei servizi pubblici occorre avanzare delle precisazioni sullo scenario che si profila. In alcuni settori quali per esempio quelli energetici, si parla di mercati ad uno stato di liberalizzazione avanzato e, esclusi alcuni segmenti, è possibile la concorrenza *nel* mercato tra operatori diversi, come nel caso della produzione o della vendita di energia elettrica. In altri settori quali il servizio idrico integrato, il trasporto pubblico locale, la gestione dei rifiuti, la distribuzione del gas e dell'energia elettrica, ci troviamo di fronte a monopoli naturali dovuti alla costosa duplicabilità delle reti, motivo per il quale l'unica forma di concorrenza è quella *per* il mercato, una concorrenza simulata attraverso l'espletamento di una gara – secondo determinate condizioni – per l'assegnazione del servizio ad un unico operatore<sup>20</sup>. Le riforme degli ultimi vent'anni hanno cercato di creare le condizioni che

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, 189-195.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 196-197.

<sup>20</sup> Si v. C. De Vincenti, B. Spadoni, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali. Note al margine del DDL 7042*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 3. In senso critico si v. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001, Milano, Giuffrè, 2002, 78 ss., che imputa al legislatore di non aver voluto scegliere tra due diverse strategie: quella di puntare solo sugli incentivi all'efficienza per le imprese che gestiscono servizi pubblici o di puntare invece sulla creazione di mercati rilevanti di dimensioni sovra comunali e quindi di tagliare il cordone ombelicale che lega gestori del servizio e amministrazioni comunali.

permettessero questa simulazione della concorrenza, *in primis* separando la programmazione e la regolazione dalla fornitura vera e propria del servizio. Attraverso numerose riforme, il legislatore ha inteso sfruttare le economie di scala che tali settori presentano organizzando il servizio in una dimensione adeguata, sovracomunale e anche sovraprovinciale<sup>21</sup>; esso ha anche disposto affidamenti di durata sufficiente affinché le imprese possano ammortare gli investimenti sostenuti, senza che però ciò si trasformi in un'ingessatura del servizio che comunque prevede gare periodiche. Inoltre, il legislatore ha fissato come principio generale la copertura di costi ed investimenti attraverso la tariffazione. Queste riforme puntano a stimolare l'efficienza dei gestori, indipendentemente dalla loro proprietà pubblica o privata, con l'obiettivo di aumentare la qualità offerta all'utente. Più in generale, si ritiene che una maggiore efficienza e produttività nei settori di pubblica utilità sia in grado di trainare la crescita economica nazionale. A titolo di mero esempio, testimoniano il cambiamento dei servizi pubblici da servizi di utilità sociale a veri e propri mercati l'istituzione del servizio idrico integrato, che intesta ad un unico soggetto la gestione di tutte le fasi del ciclo dell'acqua (ricerca, captazione, distribuzione, uso, depurazione e riuso) al fine di ridurre i costi, l'istituzione degli ambiti territoriali ottimali per i servizi idrici, l'istituzione degli ambiti territoriali minimi per la distribuzione del gas, l'integrazione del trasporto pubblico locale a livello sovracomunale e sovraprovinciale. La conversione in legge del d.l. cd. Cresci Italia ha confermato che il legislatore sta decisamente puntando alla costituzione di mercati contendibili dei servizi pubblici sia come strumento per assicurare ai cittadini un servizio efficiente che come leva grazie alla quale far ripartire l'economia nazionale.

---

<sup>21</sup> Si v. tra gli altri F. Bassanini, *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesaro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000, 162 ss; R. Occhilupo, *La regolazione del settore dei servizi pubblici locali. Note a margine del d.d.l. Lanzillotta*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 3, 463 ss; M. Bianco, P. Sestito, *Chiavi di lettura*, in Id. (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Il Mulino, Bologna, 2010, 19 ss.

## **2. Il passaggio dal vecchio al nuovo regime dei servizi pubblici: brevi cenni.**

I servizi pubblici in Italia sono stati caratterizzati all'inizio degli anni Novanta da una profonda trasformazione: dalla riserva originaria sancita dall'art. 43 della Costituzione, esercitata direttamente dallo Stato o indirettamente attraverso la concessione a società a partecipazione statale, si è passati ad un regime che mira ad aprire tali servizi agli operatori privati e quindi ai principi del mercato e della concorrenza<sup>22</sup>. Le motivazioni di questo passaggio sono molteplici: *in primis*, la spinta dell'ordinamento europeo verso l'apertura dei mercati nazionali protetti con lo scopo di creare un mercato effettivamente unico; i cambiamenti tecnologici che hanno permesso a più operatori di prestare servizi in un mercato in cui prima poteva agire un solo operatore e, da ultimo, la necessità di bilancio che ha spinto il legislatore prima a trasformare le società pubbliche in società per azioni e poi a privatizzarle contestualmente all'apertura dei mercati, anche con l'obiettivo di dar loro una dimensione e una struttura efficiente rispetto alle dotazioni finanziarie pubbliche<sup>23</sup>.

Su spinta dell'ordinamento europeo, i diritti speciali ed esclusivi sono ora conferiti solo in casi eccezionali in modo tale da permettere al maggior numero di operatori di partecipare al mercato in condizioni di parità. A mutare è anche la posizione del cittadino che usufruisce del servizio, che da amministrato diviene utente in virtù di un rapporto di natura privatistica. I

---

<sup>22</sup> Si v. tra gli altri G. Napolitano, *Crisi, trasformazione o rinascita dei servizi pubblici?*, in Id. *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, 17 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999; D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 2, 371 ss; F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., 63 ss.

<sup>23</sup> Si v. S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, 2, 378 ss; Id., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, 5, 7.

processi di liberalizzazione e privatizzazione sono stati accompagnati da tutele ai diritti degli utenti e a quelli delle imprese che entrano nel mercato: ai primi è stato garantito un servizio universale in luogo della pubblicità del servizio<sup>24</sup>, alle seconde è stata garantita pari opportunità di accesso ai mercati in presenza di servizi a rete in cui l'ex-monopolista poteva abusare della propria posizione dominante<sup>25</sup>. Questi due distinti profili – liberalizzazione e diritti degli utenti – sono stati resi effettivi grazie ad un'intensa attività di regolazione affidata ad autorità indipendenti, terze sia rispetto al potere esecutivo che agli operatori del mercato. In Italia, l'iniziale progetto del legislatore prevedeva che il processo di liberalizzazione e privatizzazione si compisse solamente in seguito all'istituzione di dette autorità, come previsto dalla l. n. 474/1994<sup>26</sup>. La l. n. 481/1995<sup>27</sup> ha dettato i caratteri generali delle autorità indipendenti ed ha istituito l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (d'ora in avanti AeeG)<sup>28</sup> cui ha poi fatto seguito l'Autorità garante per le comunicazioni<sup>29</sup>. Occorre rilevare come il progetto iniziale sia rimasto lungamente incompleto e solo ora assistiamo all'istituzione di autorità in settori quali i trasporti e il servizio idrico. La legge di conversione del d.l. cd. Salva Italia<sup>30</sup>, in linea

---

<sup>24</sup> Si v. G. Napolitano, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 2, 429 ss.

<sup>25</sup> Si v. E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>26</sup> L'art. 1-bis reca che “*Le dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di cui all'art. 2 sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico*”, si v. legge 30 luglio 1994, n. 474, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dimissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 177 del 30 luglio 1994.

<sup>27</sup> Si v. Legge 14 Novembre 1995 n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, pubblicato in *Suppl. ordinario* n. 136 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 270, del 18 novembre.

<sup>28</sup> *Ibidem*, art. 3.

<sup>29</sup> Si v. legge 31 luglio 1997 n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 1997, n. 177.

<sup>30</sup> Legge 22 dicembre 2011, n. 214, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 300 del 27 dicembre 2011, Supplemento ordinario n. 276.

con il complessivo progetto di snellimento dell'apparato amministrativo, ha stabilito una riduzione del numero dei componenti dei consigli delle autorità amministrative indipendenti<sup>31</sup>, ha trasferito le funzioni dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, da poco istituita<sup>32</sup>, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas<sup>33</sup>, e, allo stesso tempo, ha autorizzato il Governo ad individuare, tra le autorità già esistenti, una con competenze affini affinché regoli il settore dei trasporti, garantendo un accesso equo al mercato, definendo i criteri per la fissazione delle tariffe, stabilendo le condizioni minime di qualità dei servizi, definendo gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi<sup>34</sup>.

Il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina ha comportato il cambiamento del ruolo dello Stato che da gestore è divenuto regolatore, un mutamento della posizione del cittadino che da amministrato è divenuto utente e del ruolo dell'erogatore del servizio che viene ora sottoposto ad un controllo attribuito ad autorità indipendenti sia rispetto al governo che agli operatori<sup>35</sup>.

Il quadro che si delinea mostra come i servizi pubblici siano stati liberalizzati a diverse velocità: in maniera completa come nel caso delle telecomunicazioni, in maniera avanzata come nei settori dell'energia elettrica e del gas – su spinta dell'ordinamento europeo, con l'intenzione di rafforzare il mercato unico minando i monopoli statali in questi settori – in maniera minima negli altri settori – come quello idrico – per i quali il legislatore europeo ha inteso mantenere intatte le prerogative nazionali di scelta tra gestione diretta e affidamento a terzi fatta salva la tutela di

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, art. 23.

<sup>32</sup> Si v. art. 10, commi 11-28 della legge 12 luglio 2011, n. 107, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, non ancora pubblicato, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12 luglio 2011.

<sup>33</sup> L. n. 214/2011, art. 21, comma 19.

<sup>34</sup> *Ibidem*, art. 37.

<sup>35</sup> Si v. S. Cassese, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, 2, 233 ss.

principi minimi contenuti nei Trattati quali la libertà di stabilimento e la libera concorrenza.

### **3. Servizi pubblici: quadro normativo del settore dell'energia elettrica e del gas.**

In questo paragrafo si accennerà brevemente alla normativa relativa ai settori dell'energia elettrica e del gas, al fine di vagliare la possibilità per le società cooperative di operare anche in questi mercati con ruoli differenti che vanno dalla produzione di energia elettrica, alla vendita, all'*empowerment* del socio consumatore.

Il settore dell'energia elettrica è stato liberalizzato con il d.lgs. n. 79/1999<sup>36</sup> di recepimento della direttiva 96/92/CE. Le fasi di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita sono da allora libere mentre la trasmissione, il dispacciamento e la distribuzione, essendo monopoli naturali, sono affidate in regime di riserva<sup>37</sup>. Attraverso interventi di programmazione e disciplina, i pubblici poteri ora perseguono obiettivi quali la sicurezza dell'approvvigionamento, l'uso efficiente delle risorse e la protezione dell'ambiente; inoltre i pubblici poteri sono chiamati ad assicurare la continuità della fornitura di energia elettrica<sup>38</sup>.

Il settore del gas naturale è disciplinato dal d. lgs. n. 164/2000<sup>39</sup> che, recependo la direttiva 98/30/CE, ha liberalizzato le attività a valle della

---

<sup>36</sup> Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 75 del 31 marzo 1999.

<sup>37</sup> D. lgs. 79/1999, art. 1, comma 1.

<sup>38</sup> Si v. G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, 2205 ss. Sul processo di liberalizzazione del mercato elettrico si v. anche F. Di Porto, *Il decreto Bersani (d. lgs. n. 79/99). Profili concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, 8, 407 ss.

<sup>39</sup> Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 164. *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 142 del 20 giugno 2000.

filiera, cioè l'approvvigionamento, il trasporto, la distribuzione e la vendita, dopo che già il d.lgs. n. 625/1996<sup>40</sup> aveva liberalizzato alcune di quelle a monte, come la prospezione, la ricerca e la coltivazione<sup>41</sup>. In alcuni segmenti del mercato, stante la presenza di reti non duplicabili, non è possibile alcuna concorrenza, come nel caso della distribuzione, un servizio che viene infatti affidato ad un unico operatore tramite gara pubblica per un periodo di dodici anni<sup>42</sup>. In seguito all'apertura del settore del gas alla presenza di molteplici operatori sono mutate le finalità dell'azione pubblica: affidate prevalentemente a strumenti regolatori, esse sono ora rappresentate dalla sicurezza degli approvvigionamenti, dall'uso efficiente delle risorse, dalla protezione dell'ambiente e dalla tutela dell'utente<sup>43</sup>.

I settori dell'energia elettrica e del gas sono sottoposti alla regolazione e al controllo dell'Aeeg che ha il compito di curare determinati fini quali la promozione della concorrenza, l'accesso diffuso ai servizi con particolare riferimento ad un adeguato livello di qualità, la protezione degli utenti, l'incentivazione all'uso efficiente delle risorse e la protezione dell'ambiente<sup>44</sup>.

### **3.1. La cooperativa come grossista.**

In seguito alla liberalizzazione operata con il d.lgs. n. 79/1999, nel mercato elettrico italiano operano una pluralità di imprese nei segmenti relativi alla produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica. Il decreto contempla l'esistenza di clienti grossisti che,

---

<sup>40</sup> Si v. Decreto Legislativo 25 novembre 1996, n. 625 *Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi* pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 293 del 14 dicembre 1996 - Supplemento Ordinario n. 219 (Rettifica G.U. n. 50 del 1° marzo 1997).

<sup>41</sup> Si v. M.E. Salerno, *Il mercato del gas naturale in Italia*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 71 ss.

<sup>42</sup> Si v. art. 14 del Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 164.

<sup>43</sup> A tal riguardo si v. G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, cit., 2205 ss.; M.E. Salerno, *Il mercato del gas naturale in Italia*, cit., 76-77;

<sup>44</sup> Tali compiti sono fissati in via generale all'art. 1, comma 1 della l. n. 481/1995.



anche senza esercitare attività di produzione, trasmissione e distribuzione nei paesi dell'Unione Europea, possono acquistare e rivendere energia elettrica<sup>45</sup>.

Tale compravendita può avvenire attraverso la cd. borsa elettrica<sup>46</sup> o attraverso la stipula di contratti bilaterali<sup>47</sup>. Se inizialmente il ricorso ai contratti bilaterali era previsto come derogatorio rispetto ad alcuni parametri e rappresentava quindi un'ipotesi residuale rispetto a quella principale della borsa elettrica, successivamente il legislatore ha inteso affermare la libertà degli operatori di decidere tra contrattazione bilaterale e borsa elettrica per la compravendita di energia<sup>48</sup>. Il funzionamento del mercato elettrico, secondo l'art. 5 del d. lgs. 79/1999, è stabilito in base a "criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché di concorrenza tra produttori, assicurando altresì la gestione economica di un'adeguata disponibilità della riserva di potenza" ed è affidato al Gestore dei mercati energetici (d'ora in avanti GME)<sup>49</sup>. La disciplina della borsa elettrica è attualmente regolata dal "Testo integrato della disciplina del mercato elettrico" approvato dal decreto del Ministero delle attività produttive del 19 dicembre 2003 e successive modificazioni. Il mercato elettrico è articolato in mercato a pronti (MPE) e mercato a termine (MTE)<sup>50</sup>. Il MPE è suddiviso in tre parti: mercato del giorno prima dell'energia, mercato

---

<sup>45</sup> D. lgs 79/1999, art. 2, comma 5.

<sup>46</sup> Si v. decreto del Ministero delle attività produttive 19 dicembre 2003, *Approvazione del testo integrato della Disciplina del mercato elettrico. Assunzione di responsabilità del Gestore del mercato elettrico S.p.A. relativamente al mercato elettrico*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 30 dicembre 2003, suppl. Ordinario n.199. Si v. al riguardo M. De Bellis, *La disciplina della borsa elettrica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 8, 831 ss.

<sup>47</sup> Secondo le disposizioni della legge 3 agosto 2007, n. 125, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, recante misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, n. 188 del 14 agosto 2007, l'Acquirente Unico acquirerà energia non più per i clienti vincolati bensì per quegli utenti domestici e quelle piccole imprese che non abbiano scelto un fornitore nel libero mercato a partire dal 1 luglio 2007.

<sup>48</sup> Si v. art. 1-*quinquies*, comma 8 della l.n. 290/2003 che ha soppresso l'art. 6 comma 1, d.lgs. 79/1999.

<sup>49</sup> *Ibidem*, comma 1.

<sup>50</sup> Testo integrato, art. 21, comma 1.

infragiornaliero e mercato del servizio di dispacciamento<sup>51</sup>. I primi due formano il mercato elettrico vero e proprio mentre il terzo è la sede per l'approvvigionamento da parte del gestore della rete per il suo servizio di dispacciamento su tutto il territorio nazionale<sup>52</sup>. A primi due mercati accedono tutti gli operatori interessati all'acquisto e alla vendita in un'unica sessione relativa al giorno successivo. Venditori e acquirenti forniscono le loro offerte per quantità di energia relativamente a diversi punti di offerta attraverso il sistema informatico del GME, il quale effettuerà il controllo della validità delle offerte e la loro congruità tecnica<sup>53</sup>. Il MTE ha per oggetto le contrattazioni di forniture future di energia tramite offerte di vendita e di acquisto<sup>54</sup>.

Il testo integrato prevede, al fine di bilanciare le oscillazioni dei prezzi legati alla contrattazione in borsa, anche l'utilizzo di strumenti finanziari derivati sull'energia elettrica<sup>55</sup>. Questi contratti finanziari non hanno per oggetto una quantità di energia bensì un dato valore e sono chiamati derivati in quanto tale valore è riferito ad una merce; la possibilità di stipulare questo genere di contratti permette agli operatori di mettersi al riparo dalle oscillazioni dei prezzi dovute alla non immagazzinabilità dell'energia e alla stretta dipendenza del prezzo di quest'ultima rispetto alle materie prime impiegate per produrla<sup>56</sup>.

Per quanto riguarda il mercato del gas, la figura del cliente grossista è prevista dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 164/2000 ed è definita come “la persona fisica o giuridica che acquista e vende gas naturale e che non svolge attività di trasporto o distribuzione all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita od opera”. Il relativo mercato viene organizzato dal

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, art. 21, comma 2. Il mercato infragiornaliero è stato istituito in sostituzione del mercato di aggiustamento in seguito alle disposizioni della l. n. 2/2009, articolo 3, comma 10 sul mercato a termine dell'energia elettrica e alle linee guida dettate dal Ministero dello sviluppo economico con il decreto 29 aprile 2009.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*, artt. 23-33.

<sup>54</sup> *Ibidem*, art. 21, comma 3.

<sup>55</sup> *Ibidem*, art. 136.

<sup>56</sup> Si v. M. De Bellis, *La disciplina della borsa elettrica*, cit.

GME secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché di concorrenza<sup>57</sup> e assume la gestione delle offerte di acquisto e di vendita del gas naturale e di tutti i servizi connessi secondo criteri di merito economico<sup>58</sup>. Il GME organizza un mercato del gas e una piattaforma di negoziazione del gas naturale. In questa piattaforma vengono contrattate anche quelle quote che gli importatori devono offrire obbligatoriamente sul mercato regolato e quelle aliquote dovute dai coltivatori di giacimenti di gas allo Stato<sup>59</sup>. Queste previsioni dovrebbero favorire l'accesso al mercato della vendita anche ad operatori piccoli e medi e limitare il potere detenuto dagli operatori maggiori. Mentre l'ammissione al mercato del gas è aperta a tutti gli operatori dotati di professionalità, per quanto riguarda la piattaforma l'ammissione è riservata agli operatori già ammessi al Punto virtuale di scambio di cui alla delibera AeeG 22/2004. In sostanza, il mercato del gas si caratterizza come luogo per lo scambio a pronti mentre la piattaforma per scambi a termine, mensili o annuali<sup>60</sup>.

Nei settori della vendita dell'energia elettrica e del gas, il possibile ruolo delle cooperative come grossisti in favore dei propri soci dovrà essere valutato in base ai risultati fin qui ottenuti dalle politiche di liberalizzazione. Nel caso si ritenesse che l'attuale struttura del mercato

---

<sup>57</sup> Si v. art. 30 della legge 23 luglio 2009, n. 99, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2009, Supplemento ordinario n. 136, art. 30, comma 1.

<sup>58</sup> *Ibidem*, comma 2.

<sup>59</sup> Il riferimento è all'art. 11 della legge 2 aprile 2007, n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 2 aprile 2007, Supplemento ordinario n. 91. La piattaforma di negoziazione del gas e gli obblighi per importatori e coltivatori sono disciplinati dai decreti del Ministero dello sviluppo economico 18 marzo 2010, *Modalità di offerta e obblighi degli operatori nell'ambito della piattaforma di negoziazione per lo scambio delle quote di gas importato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 5 Maggio 2010, n. 103 e 6 agosto 2010, *Vendita delle aliquote di prodotto della produzione di gas nel territorio nazionale, royalties, destinate allo Stato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 200 del 27 agosto 2010.

<sup>60</sup> Si v. *Regolamento del mercato del gas*, approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, in data 26 novembre 2010 come successivamente modificato e integrato e *Regolamento della piattaforma di negoziazione per l'offerta di gas naturale*, approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico in data 23 aprile 2010 come successivamente modificato ed integrato, entrambi disponibili al sito [www.mercatoelettrico.org](http://www.mercatoelettrico.org).

incidesse negativamente sul benessere dell'utente, la cooperativa potrebbe utilizzare il proprio peso specifico per correggere il mercato e ottenere per i propri soci delle tariffe più vantaggiose<sup>61</sup>. Nel caso in cui, invece, meccanismi quali la borsa dell'energia elettrica e quelle del gas permettessero l'incontro tra domanda e offerta tale da determinare i costi più bassi possibile, l'intervento correttore della cooperativa potrebbe rivelarsi superfluo.

### **3.2. Le cooperative elettriche.**

Il ruolo delle cooperative non si esaurisce a quello di grossista; le stesse sono anche produttrici di energia da risorse idriche e da altre fonti rinnovabili quali il fotovoltaico e le biomasse<sup>62</sup>. Questa attività rischia di essere limitata però da un conflitto tra le disposizioni di liberalizzazione del mercato elettrico e le disposizioni civilistiche sulle cooperative. In particolare, l'art. 9, comma 1 del d.lgs. 79/1999 obbliga le cooperative che operano nella produzione e distribuzione di energia elettrica ad allacciare tutti gli utenti che ne facciano richiesta, alterando così il rapporto tra numero di utenti soci e numero di utenti non soci della cooperativa. Tale obbligo, pensato per società che investono nella produzione e distribuzione, ha un duplice effetto sulle cooperative elettriche: altera il carattere di mutualità prevalente e quello di autoproduzione che si verifica quando il 70% dell'energia prodotta è destinata a consumi propri<sup>63</sup>. Le cooperative elettriche hanno da sempre svolto un ruolo di supplenza, per i propri soci, rispetto agli obblighi di servizio pubblico svolti dal monopolista<sup>64</sup> e sono

---

<sup>61</sup> Una prospettiva simile si rinviene per quelle cooperative che vogliono creare un consorzio che permetta loro di acquistare congiuntamente energia elettrica ad un prezzo inferiore a quello di mercato, si v. a tal proposito D. Lanzi, *Consorzi ed energia elettrica: alcune opportunità per la cooperazione*, in *Rivista della cooperazione*, 2003, 2, 15 ss.

<sup>62</sup> Si v. la ricerca Elaborata-Confcooperative, *La cooperazione elettrica dell'arco alpino: quadro strutturale e tendenze rispetto al futuro dei modelli di utilities in Italia*, 2012.

<sup>63</sup> D. lgs. 79/1999, art. 2, comma 2.

<sup>64</sup> Si v. le considerazioni svolte in *Libro bianco su cooperazione e autoproduzione elettrica in Italia*, Studi e ricerche, Elaborata, Roma, 2003, 35 ss.

presenti sul mercato da prima della liberalizzazione. La legislazione però non ha tenuto presente tale peculiarità e non ha differenziato tra società che entrano nel mercato per ottenere profitti e società, le cooperative, presenti al solo scopo di fornire un servizio alla propria comunità di riferimento.

In seguito, l'Aeeg ha operato una regolazione più attenta alla specificità delle cooperative elettriche e le delibere al riguardo sono state riunite in un apposito Testo integrato (d'ora in avanti Ticoop)<sup>65</sup>. L'Aeeg individua quattro categorie di cooperative elettriche: cooperativa storica concessionaria, cooperativa storica non concessionaria, cooperativa storica senza rete, nuova cooperativa<sup>66</sup>. Sono storiche le cooperative di produzione e distribuzione dell'energia elettrica di cui all'articolo 4, numero 8 della legge n. 1643/62, la legge istitutiva dell'ENEL, già esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 79/1999; le cooperative storiche concessionarie sono quelle che hanno ottenuto la concessione per la distribuzione dell'energia elettrica, mentre le cooperative storiche non concessionarie sono quelle che possiedono una propria rete ma operano in un ambito territoriale dove un'altra impresa ha ottenuto la concessione per la distribuzione<sup>67</sup>. Per la cooperativa storica concessionaria l'obbligo di connessione degli utenti terzi discende dall'ottenimento della concessione per la distribuzione dell'energia elettrica *ex art. 9 comma 1 del d. lgs. 79/1999*. Il Ticoop, inoltre, prevede l'obbligo di connessione di terzi anche per le cooperative storiche non concessionarie, nel rispetto dei principi di economicità e non discriminazione<sup>68</sup> e a tal fine è prevista la stipula di una convenzione tra cooperativa e concessionario al fine di garantire i servizi di

---

<sup>65</sup> *Testo integrato delle disposizioni dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas per la regolamentazione delle cooperative elettriche*, delibera ARG/elt 246/10 e successive modificazioni, disponibile al sito [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it).

<sup>66</sup> Ticoop, art. 2.1.

<sup>67</sup> *Ibidem* art. 1.2.

<sup>68</sup> *Ibidem*, artt. 13.2 e 14.1-14.2.

connessione, trasmissione e distribuzione e di corrispondere alla cooperativa un importo per il servizio di connessione<sup>69</sup>.

Le cooperative storiche concessionarie possono applicare corrispettivi differenti rispetto alle tariffe fissate dall'Aeeg per la vendita di energia ai propri soci<sup>70</sup>. Anche in termini di qualità dei servizi elettrici, le cooperative storiche concessionarie non sono tenute a seguire le disposizioni dell'Aeeg in materia nella fornitura ai loro soci<sup>71</sup>.

Per quanto riguarda le componenti tariffarie quali A e UC, una serie di corrispettivi a copertura dei costi sostenuti nell'interesse generale e degli oneri generali afferenti al sistema elettrico<sup>72</sup>, le cooperative saranno chiamate a versarle in misura variabile secondo parametri decisi dall'Aeeg in base alla quantità di energia elettrica autoprodotta, alla quantità di energia prelevata dalla rete e in base al numero di clienti soci. In particolare, le cooperative storiche concessionarie pagheranno le componenti A in base all'energia eccedente rispetto a quella autoprodotta e al numero di punti di prelievo dei clienti soci<sup>73</sup>; le cooperative storiche non concessionarie pagheranno le componenti A e le componenti UC in base alla differenza tra energia immessa ed energia prelevata, in base ai punti di interconnessione e in base ai punti di interconnessione indiretta (socio che sceglie il mercato tutelato, non socio connesso alla rete della cooperativa, scambio sul posto)<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, art. 14.3 e 14.4.

<sup>70</sup> *Ibidem*, art. 4.1. In particolare i costi a copertura dei servizi di trasmissione, distribuzione e misura.

<sup>71</sup> *Ibidem*, art. 7-9.

<sup>72</sup> Per esempio, nelle componenti A sono presenti i costi per lo smantellamento delle centrali nucleari e gli incentivi alle fonti rinnovabili, mentre nelle componenti UC sono presenti la perequazione dei servizi di trasmissione, distribuzione e misura, le integrazioni per le imprese elettriche minori, la promozione dell'efficienza energetica, la copertura degli squilibri nei prezzi del servizio di maggior tutela.

<sup>73</sup> *Ibidem*, art. 5.

<sup>74</sup> *Ibidem*, art. 17.

### 3.3. La cooperativa e l'*empowerment* dei consumatori.

Alla luce della completa liberalizzazione della vendita di energia elettrica e gas, la cooperativa potrebbe svolgere il compito di *empowerment* del consumatore, rendendolo così attore attivo e dinamico del mercato capace di scegliere tra i servizi e le tariffe offerte. Questo ruolo è ora in parte svolto da Acquirente Unico (d'ora in avanti Au)<sup>75</sup> e dall'Aeeg. La società Au è posseduta al 100% dal Gestore dei Servizi Energetici (d'ora in avanti Gse) e ha come compito principale quello di acquistare l'energia elettrica per i clienti in maggior tutela<sup>76</sup>. Inoltre, l'Aeeg si avvale del Gse e di Au per la pubblicizzazione e la diffusione delle condizioni di svolgimento del servizio e per la valutazione di reclami e segnalazioni da parte degli utenti circa la qualità del servizio e la sua tariffa<sup>77</sup>. Operatori pubblici come Aeeg, Gse e Au hanno avviato già da diversi anni strumenti che dovrebbero permettere al consumatore di superare l'asimmetria informativa rispetto alle imprese e di poter scegliere tra le diverse offerte. Inoltre va aggiunto che il regolatore non si limita più a fornire informazioni agli utenti bensì cerca di orientare loro verso comportamenti virtuosi ed economicamente sostenibili; l'informazione non è più solo oggetto della regolazione ma ne diviene strumento<sup>78</sup>.

Alla luce di tali evoluzioni della regolazione, sempre più impegnata a rendere l'utente un soggetto attivo e dinamico nel mercato, e vista la completa liberalizzazione del settore delle vendite di energia elettrica dal 1

---

<sup>75</sup> Si v. G. Napolitano, *Inquadramento giuridico*, intervento all'incontro *La cooperazione di utenti ed i servizi pubblici*, Fondazione Barberini, Bologna, 2 marzo 2012.

<sup>76</sup> D. lgs. 79/1999, art. 4. Per un approfondimento si v. M. Capantini, *Il sistema elettrico italiano e il diritto degli appalti: l'acquirente unico S.p.A. come contraente pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2005, 5, 1307 ss. Ad AU è stato assegnato anche il compito di fornitore di ultima istanza di gas per i clienti finali fino a 200.000 metri cubi, l. n. 99/2009, art. 30, commi 5 e 8.

<sup>77</sup> L'Au ha ricevuto tale compito di ausilio all'Aeeg con la l. n. 99/2009, art. 27, comma 2.

<sup>78</sup> Riguardo le diverse fasi che hanno caratterizzato l'Aeeg nel suo operato in materia di informazioni suscettibili di incidere sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e delle offerte commerciali si v. F. Di Porto, *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 4, in part. 989 ss.

luglio 2007<sup>79</sup>, ci si chiede se tale funzione di guida degli utenti e di diffusione delle *best practice* debba essere svolto in senso paternalistico da attori pubblici o se non possa essere lasciato ad attori privati quali anche le società cooperative<sup>80</sup>. Vista la storica esperienza delle cooperative di consumo nella tutela del consumatore, a partire dalla grande distribuzione, le stesse possono aspirare a tale ruolo anche nei mercati energetici soprattutto in virtù di questa maggiore esperienza e di un elevato grado di vicinanza con gli utenti.

#### **4. Servizi pubblici locali.**

L'ipotesi della gestione di servizi pubblici locali in forma cooperativa toccherà quattro aspetti: le disposizioni civilistiche di *governance* relative alle cooperative di utenza, le disposizioni pubblicistiche relative all'affidamento del servizio da parte dell'ente locale, l'ipotesi di autoproduzione e il ruolo svolto dalla regolazione del servizio in relazione a questa particolare forma di affidamento. Rispetto a questa ipotesi s'immaginerà di volta in volta un doppio scenario: nel primo, a legislazione invariata, la cooperativa di consumo ottiene in affidamento un servizio solo attraverso la gara pubblica; nel secondo, in prospettiva futura, si immagina una possibile forma di affidamento diretto – da prevedere per legge – ad una cooperativa regolata secondo i principi dell'*in house*, in cui il controllo non sia in mano all'amministrazione pubblica ma direttamente agli utenti.

---

<sup>79</sup> Decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, *Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 139 del 18 giugno 2007, art. 1, comma 1.

<sup>80</sup> Si v. G. Napolitano, *Inquadramento giuridico*, cit. La tutela pubblica diretta svolta nel settore energetico da Au viene vista in controtendenza rispetto al favore per le iniziative di singoli cittadini e associazioni per lo svolgimento di attività di di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà, come reca l'art. 118, comma 4, Cost., si v. M. Capantini, *Il sistema elettrico italiano e il diritto degli appalti: l'acquirente unico S.p.A. come contraente pubblico*, cit., 1331.



#### **4.1. La governance delle cooperative di utenza.**

La cooperativa di consumo è considerata come la forma più idonea a soddisfare la domanda crescente di bisogni individuali dei soci. Infatti si giunge a distinguere la cooperazione di utenza da quella di produzione e lavoro in base alle diverse finalità: la cooperazione di consumo risulta essere una cooperazione sociologica, cioè caratterizzata dal conseguimento di bisogni individuali domandati da determinate categorie sociali; la cooperazione di produzione e lavoro invece risulterebbe neutra a causa di previsioni di legge sulla disciplina statutaria e sull'entità della mutualità non rigide che, lasciando maggiore autonomia, rischiano di rendere questa cooperativa solo una tipologia di impresa alternativa alle altre<sup>81</sup>.

Tuttavia, nonostante la loro rilevanza sociale, non esiste una legislazione speciale contenente una disciplina organica delle cooperative di consumo<sup>82</sup>. L'unico riferimento normativo è all'art. 4 del decreto del Ministero delle Attività produttive del 23 giugno 2004, che elenca le diverse categorie di cooperative al fine di prescrivere l'iscrizione al proprio albo istituito presso lo stesso Ministero<sup>83</sup>. Per le cooperative di consumo, quindi, vale il sistema generale delle fonti che dispone della forma giuridica delle cooperative: la Costituzione, il codice civile e le leggi che lo integrano e le leggi regionali<sup>84</sup>. A questo sistema delle fonti si farà riferimento per le disposizioni circa i soci, la costituzione, le forme organizzative e gli organi sociali quali le assemblee, il consiglio di amministrazione e il consiglio di sorveglianza. In particolare, in virtù dell'ipotesi di lavoro, quella di una cooperativa operante nei servizi pubblici, l'analisi si concentrerà su due aspetti importanti: il rapporto della

---

<sup>81</sup> Si v. A. Bassi, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, Jovene, 1976, cap. I par. 7.

<sup>82</sup> Si v. G. Petrelli, *Cooperative e legislazione speciale*, 2005, disponibile su [www.notariato.it](http://www.notariato.it), 26.

<sup>83</sup> Si v. Decreto del Ministero delle attività produttive, decreto 23 giugno 2004, *Istituzione dell'Albo delle società cooperative, in attuazione dell'art. 9 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e dell'art. 23-sexiesdecies delle norme di attuazione e transitorie del codice civile*, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 162, 13 luglio 2004.

<sup>84</sup> Si v. G. Bonfante, *La nuova società cooperativa*, Bologna, Zanichelli, 2010, 17 ss.

cooperativa con i propri soci e con i terzi in materia di ristorno e la partecipazione dei soci stessi, attraverso l'assemblea, alle decisioni della cooperativa.

Il primo dato fattuale da cui partire per un'analisi della *governance* cooperativa è che la cooperativa di consumo operante nei servizi pubblici avrà rapporti anche con terzi, attestandosi così come cooperativa “diversa”, cioè nella quale l'attività prevalente non viene svolta con i soli soci<sup>85</sup>. Quanto detto ci porta ad una prima considerazione: ad una cooperativa affidataria di un servizio pubblico dovrebbe essere impedito di avere uno scopo lucrativo nei rapporti con i terzi non soci al fine di ridistribuire un utile ai propri soci. Un primo limite arriva già dalla riforma del diritto societario che ha posto in essere dei vincoli agli utili distribuibili per i soci delle cooperative “diverse” come all'art. 2545-*quinquies* c.c.<sup>86</sup>. Questi vincoli potrebbero essere resi maggiormente stringenti da statuto in caso di affidamento di un servizio pubblico, anche in riferimento ai pacchetti azionari il cui limite è ora disciplinato dall'art. 2525 c.c., comma secondo.

Il socio di una cooperativa di consumo domanda delle prestazioni mutualistiche che non sono assolte dalla gestione di un servizio come nel caso della cooperativa di produzione e lavoro e verso le quali il socio non vanta un diritto soggettivo in quanto le stesse sono legate anche a fattori di contesto<sup>87</sup>. Per questa ragione è importante inserire nello statuto la previsione che cristallizzi la forma cooperativa come sociologicamente incline a soddisfare *in primis* i bisogni dei soci e non uno scopo di lucro nei

---

<sup>85</sup> Si v. A. Bassi, *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2009, 437 ss. Le cooperative a mutualità prevalente sono invece quelle cd. costituzionalmente protette, in quanto in linea con il dettato dell'art. 45 cost. it., che promuove la cooperazione “a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata”, quella appunto a prevalenza mutualistica. Questo tipo di cooperative gode di particolari vantaggi fiscali in virtù della sua attività prevalentemente mutualistica e sono disciplinate dagli artt. 2512-2514 c.c..

<sup>86</sup> Si v. A. Bassi, *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, cit., 440-441.

<sup>87</sup> Si v. A. Bassi, *Cooperazione e mutualità*, cit., 20 ss. Invece, nelle cooperative di produzione e lavoro, i soci vantano un diritto alla prestazione e le società un obbligo a prestare. Si v. G. Bonfante, *Delle imprese cooperative. Art. 2511-2545*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1999, 70 ss.

rapporti con i terzi anche nel caso di una cooperativa di consumo che non abbia un obbligo alla mutualità prevalente<sup>88</sup>. Questa ulteriore considerazione consente di delineare alcuni limiti allo scopo di lucro ben più restrittivi di quelli previsti nel codice. Una prima ipotesi potrebbe essere quella di previsioni statutarie stabilite per legge che vincolino parte degli utili ottenuti con i terzi ad investimenti strutturali o al miglioramento della qualità del servizio. In tal modo, i soci otterrebbero il proprio ristorno sotto forma di diminuzione delle tariffe e i non soci avrebbero comunque un servizio con uno *standard* qualitativo elevato. Se da statuto viene fortemente limitata l'attività lucrativa di questa categoria di cooperative di consumo, si incentiva la stessa a perseguire ciò che domandano i suoi soci, tariffe inferiori a quelle del mercato e una qualità del servizio superiore. Perseguendo i bisogni domandati dai soci, la cooperativa fornisce contestualmente beni e servizi anche ai non soci secondo la cd. mutualità esterna, prevista dal comma 2 dell'art 2520 c.c.<sup>89</sup> che nel caso di un affidamento andrebbero però a sovrapporsi agli obblighi di servizio universale. Si può allora immaginare che il *surplus* del produttore, che la teoria economica individua come preda del monopolista ai danni del consumatore, possa essere ridistribuito agli utenti sotto forma di tariffe inferiori con la possibilità che i soci ottengano anche un'altra forma di ristorno, ove possibile<sup>90</sup>. In realtà, estendere ai non soci i benefici mutualistici consentirebbe di evitare fenomeni di speculazione privata e accumulazione che allontanerebbero la cooperativa dal dettato dell'art. 45

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, 51.

<sup>89</sup> Il comma 2 dell'art. 2520 stabilisce che “*la legge può prevedere la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci*”. Questo fenomeno scaturisce dalla cooperazione di consumo degli anni ottanta che ha fatto propria la finalità di protezione del consumatore accanto a quella del consumatore socio; la motivazione è da ritrovarsi nell'inadeguatezza del ristorno a porsi come correttivo tipico dell'azione della cooperativa in mercati maturi. Sul punto si v. G. Bonfante, *la nuova società cooperativa*, Bologna, *cit.*, 86 ss.

<sup>90</sup> Esiste la possibilità che, senza vantaggio mutualistico, nessuno aderisca alla cooperativa; preoccupazione condivisa da Bonfante, *ibidem*, 87.

Cost.<sup>91</sup>. In alternativa, come suggerito dalla dottrina, le cooperative di consumo potrebbero assumere il meccanismo di funzionamento delle mutue assicuratrici nelle quali alla firma del contratto di assicurazione si assume anche lo *status* di socio<sup>92</sup>.

La possibilità di prevedere un ristorno o meno per i soci è strettamente legata all'esistenza di obblighi derivanti dal contratto di servizio. Nel caso di un mercato in concorrenza la cooperativa potrebbe offrire un prezzo inferiore ai propri soci, mentre nel caso dell'affidamento di un servizio di pubblica utilità da parte dei pubblici poteri tramite gara la cooperativa difficilmente potrebbe discriminare la tariffa per propri soci senza di fatto lucrare sugli utenti terzi, i quali peraltro non possono essere obbligati a divenire soci della cooperativa. Le soluzioni a questa eventualità potrebbero risiedere nel vincolare gli utili provenienti dalla gestione del servizio allo sviluppo di piani di investimento nelle infrastrutture e nel servizio. Anche nel caso di cooperative che operino in mercati concorrenziali, la cooperativa dovrebbe innanzitutto adempiere alla domanda dei propri soci e solo nel caso ve ne sia la possibilità adempiere a quella dei terzi, al fine di evitare tentazioni di speculazioni lucrative. Una soluzione facilmente attuabile è rappresentata dalla separazione contabile delle gestioni e dal divieto di ridistribuire gli utili eventualmente incassati dai rapporti con i terzi non soci, destinandoli semmai a piani di sviluppo e rafforzamento dell'impresa<sup>93</sup>.

La società cooperativa, in virtù dell'alto numero di soci utenti che potrebbe coinvolgere operando nei servizi pubblici, prenderà la forma della s.p.a. come previsto dall'art. 2519 c.c.<sup>94</sup> e ne potrà sfruttare gli istituti

---

<sup>91</sup> Si v. A. Bassi, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Artt. 2511- 2548*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1988, 52.

<sup>92</sup> *Ibidem.*, 49.

<sup>93</sup> *Ibidem.*, 48.

<sup>94</sup> L'art. 2519 prevede che "alle società cooperative, per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni. L'atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità

propri, tra quelli compatibili con la forma cooperativa. Gli aspetti citati chiamano in causa la disciplina della costituzione della società e del suo statuto, *ex art. 2521 c.c.*, che dovrebbe prevedere fin dall'inizio la mutualità esterna e alcune disposizioni in materia di assemblea dei soci, consiglio di amministrazione e consiglio di sorveglianza, tali da poter perseguire gli interessi dei soci per i quali la cooperativa si costituisce ma anche per proteggere meglio le prerogative degli utenti non soci ma comunque fruitori del servizio pubblico.

In virtù di questa alta partecipazione bisognerebbe assegnare alle assemblee la facoltà di decidere quali strategie di sviluppo e investimento la cooperativa debba perseguire. Attualmente tale prerogativa esiste unicamente per le cooperative di produzione e lavoro<sup>95</sup>; nelle altre forme cooperative il potere delle assemblee è andato restringendosi e le stesse esprimono la volontà dei soci solo riguardo a particolari materie quali l'approvazione del bilancio, la nomina degli amministratori e dei sindaci e la modifica del contratto sociale<sup>96</sup>. La forma di cooperativa che si immagina nasce dalla volontà degli utenti di partecipare alle decisioni concernenti un servizio di pubblica utilità che, per essere messo in pratica, necessita di forme di consultazione dell'assemblea dei soci su decisioni strategiche riguardanti il servizio<sup>97</sup>. Allo stesso modo lo statuto dovrebbe anche contenere disposizioni che assicurino lo svolgimento di assemblee separate, già previste dall'art. 2540 c.c., affinché venga pienamente applicato il principio democratico che caratterizza la forma cooperativa.

---

limitata nelle cooperative con un numero di soci cooperatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore ad un milione di euro”.

<sup>95</sup> Si v. l'art. 1, comma 2 lettera b) della l.n. 142/2001 che stabilisce che il socio lavoratore partecipino “alla elaborazione di programmi di sviluppo e alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda”. Sul punto si v. G. Bonfante, *La nuova società cooperativa*, cit., 269

<sup>96</sup> *Ibidem*, 267 ss.

<sup>97</sup> Fattori come la partecipazione e il coinvolgimento, insieme alla lealtà e alla coesione sono considerati elementi costitutivi della cultura aziendale non orientata al profitto; si v. R.Cafferata, *Le organizzazioni non profit, i processi di privatizzazione e l'economia mista in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, 5, 30.

Riguardo al consiglio di amministrazione, si potrebbe prevedere la presenza obbligatoria tra i suoi componenti non soci, oltre che di personalità altamente professionali che rispondano a requisiti tecnici da stabilire, anche uno o più componenti di garanzia nominati dall'ente locale affidatario nel caso di affidamento di un servizio in monopolio<sup>98</sup>.

Da ultimo va analizzata la possibilità che la cooperativa di consumo faccia parte di un gruppo cooperativo paritetico *ex art. 2545-septies c.c.*. Tale disposizione prevede sia che tra le cooperative esista un rapporto basato sulla direzione da parte di una delle società, sia che seguendo la forma consortile vi sia una struttura organizzativa che funga da strumento di direzione concertata<sup>99</sup>. Altra possibilità da vagliare è l'istituzione, all'interno di una cooperativa di consumo già esistente, di particolari categorie di soci interessati al vantaggio mutualistico del servizio pubblico e quindi possessori di diverse categorie di azioni come già previsto dall'art. 2525 c.c.<sup>100</sup>. Le ultime due ipotesi accennate - gruppo paritetico e diverse categorie di azioni - permetterebbero di creare in seno ad una cooperativa di consumo già esistente una cooperativa *ad hoc* di erogazione di servizi pubblici.

Il quadro fin qui prospettato ci mostra un ulteriore sviluppo della concezione sociologica della cooperazione di utenza che, soddisfacendo i bisogni dei propri soci, si proietta anche verso l'esterno nel perseguimento dei bisogni dei non soci, dando così contenuto alla previsione codicistica della mutualità esterna<sup>101</sup>. Il perseguimento di interessi quasi pubblicistici e

---

<sup>98</sup> Ipotesi già prevista dall'art. 2542, comma 5 che stabilisce che “la nomina di uno o più amministratori può essere attribuita dall'atto costitutivo allo Stato o ad enti pubblici. In ogni caso, la nomina della maggioranza degli amministratori è riservata all'assemblea”.

<sup>99</sup> Sul punto si v. A. Zoppini, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Rivista delle società*, 2005, 4, 760 ss.; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese, società cooperative ed “enti non profit”*, in Id., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, 141 ss.

<sup>100</sup> Il comma 5 di questo articolo richiama le disposizioni sulle società per azioni, in particolare l'art. 2348 che prevede l'esistenza di diverse categorie di azioni con diversi diritti anche in merito alle incidenze delle perdite.

<sup>101</sup> G. Bonfante parla della mutualità esterna come di una formula suggestiva ma dai contenuti vaghi e della necessità di trovare una formula che coniughi la mutualità con questa propensione

il coinvolgimento di gruppi di *stakeholder* più estesi dei soli soci utenti richiama da vicino l'operato delle cooperative sociali, che hanno lo scopo "di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione dei cittadini"<sup>102</sup>. L'importanza degli interessi che le cooperative operanti nei servizi pubblici andrebbero a perseguire necessiterebbero di una previsione di legge che ne riconosca il valore sociale e ponga dei limiti ai rischi di deviazione da tale funzione che si sono prima descritti.

In tal proposito si potrebbero studiare un'ipotesi di bozza di statuto per cooperative di utenza nei servizi pubblici, siano essi in mercati concorrenziali o affidati con gara pubblica. Dapprima si tratterebbe di una sorta di *best practice* interna al movimento cooperativo mentre in un secondo momento si potrebbe riflettere sulla necessità di un riconoscimento di legge di questa nuova categoria, specularmente a quanto avvenuto per le cooperative sociali con la legge n. 381/1991.

#### **4.2. L'affidamento del servizio: il quadro normativo e giurisprudenziale.**

Il quadro normativo nazionale relativo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica è stato sempre caratterizzato da una notevole incertezza dovuta alle numerose riforme susseguitesi nell'arco degli ultimi vent'anni. La disciplina dei servizi pubblici locali prevedeva, fino al 1990, la titolarità necessariamente pubblica del servizio e la gestione dello stesso che poteva essere pubblica o affidata a privati attraverso strumenti di diritto pubblico di natura concessoria. In sostanza il quadro giuridico risentiva

---

naturale della cooperativa a proiettarsi verso l'esterno affinché la stessa non perda la propria finalità per stare sul mercato. Una soluzione prospettata è quella di un maggiore coinvolgimento dei soci e dei terzi con cui si hanno rapporti, convincendo anche questi ad entrare nella cooperativa. Si v. *Delle imprese cooperative. Art. 2511-2545, cit.*, 86 ss.

<sup>102</sup> È la definizione di cooperative sociali contenuta nell'art. 1 della l. n. 381/1991.

della concezione del servizio in chiave di utilità sociale<sup>103</sup>. L'art. 22 della l. n. 142/90 ha trasformato le aziende municipalizzate in enti pubblici economici dotati di una propria personalità giuridica, prevedendo anche l'affidamento a società per azioni partecipate dall'ente titolare del servizio. In seguito, la l. n. 127/1997 ha agevolato fiscalmente la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni e reso possibile l'affidamento a società già esistenti o create ad *hoc* dall'ente locale, infine tali disposizioni sono confluiti negli articoli 112 e seguenti del Testo unico sugli enti locali<sup>104</sup>. Ulteriori riforme sono state apportate dall'art. 14 d.l. n. 269/2003 che ha introdotto la possibilità dell'*in house providing* e dell'affidamento a società mista pubblico-privata<sup>105</sup>, e dall'art. 23-*bis* della l. n. 133/2008<sup>106</sup>, abrogato con *referendum*, con il quale veniva sancito l'obbligo di affidare la gestione attraverso una gara ad evidenza pubblica. Il legislatore ha inoltre approvato diverse discipline settoriali contenenti disposizioni riguardanti l'affidamento, la gara pubblica, la regolazione e le forme di tutela dell'utente<sup>107</sup>. Come già accennato in precedenza, i tentativi di riforma hanno sempre oscillato tra due gruppi di disposizioni senza mai arrivare ad un impianto normativo stabile e duraturo. Con il primo gruppo si cercava di

---

<sup>103</sup> Si v. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 2585 ss.

<sup>104</sup> Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 28 settembre 2000 - Supplemento Ordinario n. 162.

<sup>105</sup> *Ibidem*, 2586 ss.

<sup>106</sup> Legge 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196. Per un primo commento si v. R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 10, 1109 ss. D. Agus, *I servizi pubblici locali e la fiducia nella concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 7, 464 ss; F. Merusi, *Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove autonomie*, 2009, 2-3, 307 ss.

<sup>107</sup> Le discipline di settore sono la l. 5 gennaio 1994, n. 36, relativa la servizio idrico integrato; il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, relativo ai rifiuti solidi urbani; il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, relativo al servizio di trasporto pubblico locale; il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, sul mercato interno dell'energia elettrica; il d.lgs. 23 maggio 2000, n.164, sul mercato interno del gas naturale. Il d.lgs n. 152/2006, cd. Codice dell'ambiente, ha introdotto ulteriori disposizioni per quanto riguarda il servizio idrico e la gestione dei rifiuti solidi urbani. A fronte di queste discipline di settore vi sono discipline generali di raccordo quali l'art. 113 del Testo unico degli enti locali.



introdurre incentivi efficientistici alla gestione dei servizi, quali per esempio le società miste pubblico-privato, con il secondo si cercava di creare mercati rilevanti maggiori della dimensione comunale nei quali il rapporto stretto tra ente locale e azienda pubblica nelle sue varie forme giuridiche non avesse più ragione di essere<sup>108</sup>. La disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali si trova così ad essere sottoposta a continue riforme e ad essere frammentata in disposizioni differenti per settore. Ciò ha avuto come portato un differente grado di apertura ai principi della concorrenza e del libero mercato ma anche un diverso grado di protezione del cittadino utente, senza contare il fatto che l'instabilità della disciplina ha scoraggiato i privati dall'investire in questi settori.

Con la l. n. 148/2011<sup>109</sup>, modificata in seguito dalla legge di stabilità 2012<sup>110</sup> e dalla legge di conversione del d.l. cd. Cresci Italia<sup>111</sup>, le norme abrogate tramite *referendum* sono state sostanzialmente riproposte, con l'esclusione del servizio idrico integrato, della distribuzione dell'energia elettrica e del gas, della gestione delle farmacie comunali e del trasporto pubblico ferroviario per quegli affidamenti conformi all'art. 5 del regolamento 1370/2007/CE<sup>112</sup>. È stata inoltre introdotta una riorganizzazione dei servizi pubblici locali in bacini di dimensioni almeno provinciali. Tenendo conto della crescente presenza di autorità indipendenti incaricate di vigilare sull'operato dei gestori, si può affermare che il pendolo delle riforme si sia spostato nel senso dell'istituzione di mercati

---

<sup>108</sup> Su questo punto si v. F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., 76 ss; si v. C. De Vincenti, B. Spadoni, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali*, cit., 3, 664 ss.

<sup>109</sup> Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 216 del 16 settembre 2011.

<sup>110</sup> Legge 12 novembre 2011, n. 183, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 265 del 14 novembre 2011, Supplemento Ordinario n.234.

<sup>111</sup> Legge 24 marzo 2012, n. 27, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 71 del 24 marzo 2012.

<sup>112</sup> L. n. 148/2011, art. 4 comma 34. Se si escludono il servizio idrico integrato e il servizio di gestione delle farmacie comunali, si può affermare che questi settori godono già di disposizioni proconcorrenziali.

contendibili dei servizi pubblici locali con la conseguente riduzione di autonomia degli enti locali nella scelta dei moduli gestionali di tali servizi.

L'art. 3-bis della l. n. 148/2011 assegna alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano il compito di organizzare i servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali di dimensione non inferiore a quella provinciale, tali da consentire economie di scala che massimizzino l'efficienza del servizio<sup>113</sup>. L'art. 4 prevede che la gestione del servizio possa essere affidata in via ordinaria ad imprenditori o società in qualunque forma costituite attraverso una procedura competitiva ad evidenza pubblica<sup>114</sup>, oppure affidata anche a società miste pubblico-private a condizione che il socio privato, con una quota non inferiore al 40%, sia sempre scelto attraverso una gara contestualmente ai compiti che lo stesso deve svolgere<sup>115</sup>. L'ente locale è chiamato a verificare tramite un'istruttoria "la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [...] liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità"<sup>116</sup>. L'istruttoria deliberata dall'ente locale deve essere inviata all'Autorità Garante della Concorrenza per un parere obbligatorio circa l'attribuzione di diritti di esclusiva e la scelta di assegnare simultaneamente più servizi<sup>117</sup>. La riforma prevede che la gara non sia obbligatoria per i servizi di un valore inferiore a euro 200.000 e che in

---

<sup>113</sup> Questa previsione completa quanto sta già avvenendo per i settori esclusi dalla l. n. 148/2011, si pensi alla scelta operata dalla l. n. 36/1994 con la creazione degli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) nei servizi idrici e al Decreto del Ministero dello sviluppo economico 19 gennaio 2011, *Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 31 marzo 2011, n. 74, che ha individuato 177 ambiti territoriali minimi per l'affidamento della distribuzione del gas naturale.

<sup>114</sup> L. n. 148/2011, art. 4, comma 8.

<sup>115</sup> *Ibidem*, comma 12.

<sup>116</sup> *Ibidem*, comma 1.

<sup>117</sup> *Ibidem*, comma 3.

questo caso l'affidamento diretto debba rispettare i criteri europei dell'*in house*<sup>118</sup>.

La riforma obbliga gli enti locali a stabilire preliminarmente rispetto al momento della gara gli obblighi di servizio<sup>119</sup> e pone alcuni vincoli alla stesura del bando di gara: l'indisponibilità delle reti, la richiesta di requisiti tecnici ed economici proporzionati al servizio in questione, il limite massimo della durata dell'affidamento pari all'ammortamento degli investimenti fatte salve le disposizioni di settore, la previsione di disposizioni sulla cessione di beni tra un gestore e l'altro alla scadenza dell'affidamento, l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio<sup>120</sup>. Inoltre, lo stesso comma prevede che il bando valuti l'impegno del gestore a conseguire economie di gestione e a destinare tali economie alla riduzione delle tariffe.

Le disposizioni, inoltre, stabiliscono una serie di limiti temporali tassativi di scadenza delle concessioni in vigore per quegli affidamenti diretti e a società miste che non rispettano i criteri prima citati, limiti che vanno dal dicembre 2012 al dicembre 2015<sup>121</sup>; l'*in house* viene fatto salvo solo nel caso di integrazione di precedenti gestioni dirette a livello di ambito territoriale ottimale e sotto particolari condizioni di efficacia ed efficienza<sup>122</sup>.

L'attuale disciplina afferma che le gare debbano essere espletate "nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti"<sup>123</sup>. Nonostante ciò, il quadro normativo risulta incompleto, innanzitutto nella definizione degli *standard* qualitativi di servizio e della

---

<sup>118</sup> *Ibidem*, comma 13.

<sup>119</sup> *Ibidem*, comma 5.

<sup>120</sup> *Ibidem*, comma 11.

<sup>121</sup> *Ibidem*, comma 32.

<sup>122</sup> *Ibidem*, comma 32, lettera a).

<sup>123</sup> *Ibidem*, comma 8, ultimo periodo.

loro verifica, elementi per ora assolti impropriamente dal contratto di servizio<sup>124</sup>, di cui si dovranno occupare le autorità di settore.

Risulta chiaro l'intento del legislatore, in forza della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, *ex art. 117*, comma secondo, lettera e) Cost., di spingere gli enti locali ad affidarsi al mercato più che alla gestione diretta dei servizi economici di interesse generale, di fatto restringendo l'autonomia degli stessi in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali. Emblematica rispetto alla volontà del legislatore di aprire i servizi pubblici al mercato è la previsione che permette al Governo di utilizzare i poteri sostitutivi, *ex art. 120*, comma secondo Cost., se il Prefetto abbia accertato che gli enti locali non abbiano espletato le gare entro i termini previsti dal comma 32, e non abbiano provveduto nemmeno entro il termine posto successivamente dal Prefetto stesso<sup>125</sup>. La riforma ha introdotto, inoltre, un obbligo di pubblicità per taluni dati considerati utili alla valutazione comparativa delle diverse gestioni: livello della qualità del servizio reso, prezzo medio per utente e livello degli investimenti realizzati<sup>126</sup>.

Per quanto riguarda l'affidamento del servizio idrico integrato, essendo stato escluso dall'ambito di applicazione della normativa prima descritta<sup>127</sup> – fatte salve alcune disposizioni relative al conflitto d'interesse potenziale di amministratori locali, dirigenti d'impresa e componenti della commissione di gara<sup>128</sup> – esso è attualmente regolato dalla normativa minima dettata dai principi del diritto europeo, sia contenuti nei trattati che aventi natura giurisprudenziale. La vigenza di questi principi nel nostro ordinamento è stata ribadita dalla Corte Costituzionale nei giudizi di

---

<sup>124</sup> Si v. A. Massera, C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Edizioni Plus, 2004, 265 ss.

<sup>125</sup> *Ibidem*, comma 32-bis.

<sup>126</sup> *Ibidem*, comma 33-bis.

<sup>127</sup> Invece, per i settori dell'energia elettrica e del gas, la normativa è dettata dalle direttive comunitarie recepite dall'ordinamento nazionale come descritto nel par. 3.

<sup>128</sup> L. n. 148/2011, art. 4, comma 34.

ammissibilità dei quesiti referendari<sup>129</sup>, ritenendo che l'abolizione di disposizioni contenute nell'art. 23-bis e nel cd. Codice dell'ambiente<sup>130</sup> non avrebbe significato il ritorno di forme pubbliche di controllo quali l'azienda speciale ma piuttosto, considerato il vuoto normativo che si sarebbe venuto a creare, avrebbe significato la vigenza dei principi comunitari minimi in materia di servizi di interesse economico generale, che non escludono la possibilità che tali servizi siano affidati anche a privati. La scelta compiuta dalle istituzioni europee, infatti, è stata quella di procedere con la liberalizzazione di alcuni servizi economici di interesse generale quali l'energia elettrica e il gas e di lasciare invece la scelta discrezionale tra fornitura diretta da parte della propria amministrazione e affidamento a terzi per gli altri servizi, tra i quali il servizio idrico<sup>131</sup>.

Le disposizioni contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea al riguardo sono: il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 18, par. 1); il divieto di restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione tra Stati membri (artt. 34-36); le disposizioni riguardo la libertà di stabilimento (artt. 49-62); l'equilibrio tra concorrenza e servizio pubblico (art. 106). Riguardo ai principi giurisprudenziali, questi sono: la trasparenza, intesa anche come pubblicità dell'affidamento; la proporzionalità, intesa come adeguatezza dell'atto alle

---

<sup>129</sup> La corte costituzionale nella sentenza n. 24/2011 ha stabilito che *“Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 -, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”*. Nella sentenza n. 25/2011 ha inoltre affermato che *“al fine di non andare incontro a sanzioni da parte dell'Unione Europea, la lacuna che si verrebbe a creare con l'accoglimento dei quesiti referendari dovrebbe essere colmata con l'applicazione generalizzata del principio della gara ad evidenza pubblica e con l'applicazione delle norme contenute nel Codice dei contratti”*.

<sup>130</sup> Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, n.88 del 14 aprile 2006 - Suppl. Ordinario n. 96.

<sup>131</sup> Sul punto si v. L. Bertozzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., parte speciale, tomo IV, 2007, 1845 ss.

necessità e agli scopi che si intendono perseguire; la parità di trattamento, intesa come selezione del contraente operata in base a criteri oggettivi e predeterminati ed il mutuo riconoscimento tra Stati riguardo le specifiche tecniche, i controlli e le qualifiche<sup>132</sup>. Non è escluso che, in una perdurante situazione di *vacatio legis* sulle forme e modalità di affidamento del servizio idrico, non possano agire per analogia alcuni dei criteri stabiliti dalla l. n. 148/2011 per l'affidamento del servizio.

Per quanto concerne le forme dell'affidamento va sottolineato che, in alternativa all'affidamento ai terzi secondo i principi e le norme prima ricordate, il diritto europeo prevede anche la società mista pubblico-privata e il cd. *in house providing*. Riguardo alla prima modalità, sempre la giurisprudenza comunitaria ha ribadito che nella scelta del socio privato della società mista i principi guida debbano essere quelli della gara pubblica aperta e del rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento, oltre che il divieto per questa società di operare *extra moenia*<sup>133</sup>.

Nel corso del tempo la modalità dell'*in house providing* ha subito una decisa restrizione su azione della giurisprudenza comunitaria che, attraverso numerose pronunce, ha stabilito che l'affidamento diretto ricorra quando vengano soddisfatti i due requisiti del “controllo analogo” e della “realizzazione della più parte dell'attività con gli enti controllanti”, ammettendo che la partecipazione di un socio privato, seppur marginale, non permetta di considerare ottemperati i precedenti due requisiti<sup>134</sup>.

La centralità del principio di trasparenza nell'affidamento è stato ribadito anche dal giudice amministrativo nazionale, proprio con

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, 1868 ss.

<sup>133</sup> Si v. la sentenza della Corte di giustizia CE, sez III, 15 ottobre 2009, causa C196/08; al riguardo si v. G.F. Nicodemo, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 156 ss.

<sup>134</sup> Il riferimento è alle note sentenze della Corte di Giustizia Europea 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal s.r.l.*; 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*. Per un approfondimento si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale, cit.*, in part. 1872 ss.

riferimento al settore delle cooperative sociali, circa gli affidamenti diretti per la fornitura di beni e servizi in deroga alle norme sugli appalti pubblici nel caso in cui vengano introdotte al lavoro persone svantaggiate. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, ha dichiarato illegittimo l'affidamento diretto del servizio di igiene urbana a cooperative sociali per l'introduzione al lavoro di persone svantaggiate (cd. cooperative sociali di tipo *b*) in quanto la deroga in materia di procedure concorsuali *ex art. 5 l. n. 381/1991* opera nel solo caso di fornitura di beni e servizi in favore dell'amministrazione richiedente e non in caso di fornitura di beni e servizi destinati ai cittadini terzi<sup>135</sup>. Nonostante gli innegabili benefici collettivi che scaturiscono dall'operare delle cooperative sociali, la giurisprudenza non ha potuto derogare al principio del confronto competitivo per l'affidamento del servizio, trattandosi di servizi rivolti ai cittadini. Infatti, la giurisprudenza europea e nazionale hanno più volte ribadito la differenza tra appalti pubblici di servizi e concessione dei servizi pubblici. Nella giurisprudenza europea la discriminante è individuata nel rischio imprenditoriale che non graverebbe, o graverebbe solo in misura marginale, sul concessionario di un appalto pubblico di servizi e che invece viene trasferito sul concessionario nel caso di concessione dei servizi pubblici<sup>136</sup>. Nella giurisprudenza italiana, per gli appalti pubblici di servizi si fa invece riferimento ad una prestazione che prevede obblighi di *facere* solo nei confronti dell'amministrazione, mentre nella concessione di servizio pubblico quest'obbligo sarebbe nei confronti dell'utenza. Nel primo caso abbiamo un rapporto bilaterale, nel secondo un rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario e utenti<sup>137</sup>. All'interno della categoria delle concessioni di servizi pubblici va fatta distinzione tra i servizi di interesse economico generale e quelli che sono sottratti alle

---

<sup>135</sup> Per un approfondimento si v. la nota di A. Miraglia, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 2, 149 ss.

<sup>136</sup> Si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1853 ss.

<sup>137</sup> *Ibidem*, 1849 ss.

dinamiche del mercato, come i servizi sociali e sanitari, per i quali non sussistono i principi prima delineati, che hanno come portato l'obbligo di gara per l'affidamento dei servizi di rilevanza economica.

Riepilogando, in materia di servizi pubblici locali abbiamo una disciplina proconcorrenziale dell'affidamento tramite gara per settori quali la distribuzione del gas e per molti settori che ricadono nell'art. 4 prima analizzato, quali il trasporto pubblico locale e la gestione dei rifiuti urbani. Sono esclusi e quindi godono di una minore apertura alla concorrenza settori quali il servizio idrico integrato e la gestione delle farmacie comunali, servizi che vengono affidati a terzi tramite gara o a società miste con socio scelto sempre tramite gara pubblica solo per iniziativa dell'ente locale di riferimento che, alla scadenza della concessione, opta per non procedere all'affidamento diretto alla società *in house*.

Alla luce di questo quadro le possibilità per una cooperativa di utenti di erogare un determinato servizio risiedono nella sua capacità di vincere una gara per l'affidamento o per la creazione di una società mista, visto che la possibilità di presentarsi come alternativa all'*in house* non risulta realistica e necessiterebbe di una previsione legislativa e di essere sottoposta al vaglio del giudice europeo e dei principi prima esposti. In generale però, l'affidamento ad una società cooperativa – con determinati accorgimenti in tema di *governance* come quelli descritti nel paragrafo 4.1 – avrebbe il vantaggio di coinvolgere direttamente i soci utenti sia nella definizione degli *standard* qualitativi che nelle decisioni relative agli investimenti in misura maggiore rispetto al caso di una gestione diretta da parte dell'amministrazione che vede i cittadini semplicemente come utenti. In secondo luogo, si può immaginare l'azione cooperativa come una risposta ai fattori che tendono a causare fallimenti dello Stato, segnatamente le informazioni ridotte possedute dall'amministrazione circa le preferenze dei cittadini, le distorsioni del processo politico, la debole supervisione sull'operato dell'amministrazione e il controllo imperfetto delle



informazioni che arrivano dal mercato dovuto all'asimmetria informativa in cui opera il regolatore pubblico<sup>138</sup>.

In realtà, il coinvolgimento dei soci utenti alle decisioni della cooperativa che gestisce il servizio pubblico locale è anche un possibile strumento per affrontare questioni quali la copertura totale dei costi attraverso la tariffa, la pianificazione industriale e la costruzione di impianti. La condivisione di scelte d'investimento con i soci utenti permetterebbe a questi ultimi di essere consci dei costi e dei benefici complessivi delle opere in questione<sup>139</sup>.

Un'altra ipotesi interessante sarebbe quella che vede la cooperativa nel ruolo di partner privato della pubblica amministrazione in una società mista nel caso la stessa richieda per la formazione della società l'apporto di particolari competenze quali quelle relative alla commercializzazione del servizio, ai rapporti con l'utenza, alla definizione di buone pratiche nell'ottica dell'uso responsabile delle risorse.

#### **4.3. L'autoproduzione di servizi pubblici locali.**

I benefici di una gestione cooperativa si dispiegherebbero sia nell'ipotesi di affidamento di un intero servizio che per parti di esso, in caso di una sua suddivisione per limitare l'ambito dei diritti di esclusiva. In questo senso è da valutare positivamente l'obbligo per l'ente locale di predisporre un'istruttoria sulla possibile concorrenzialità dei servizi pubblici: tale progressiva apertura a più imprese permette certamente di coinvolgere le potenzialità dei cittadini, anche nella forma di imprese cooperative.

Molti spazi si aprono per le cooperative nel campo dell'autoproduzione e dell'organizzazione della domanda. Infatti le stesse

---

<sup>138</sup> Si v. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 81.

<sup>139</sup> L'alta partecipazione democratica insita nelle società cooperative che al tempo stesso è anche *governance* d'impresa potrebbe essere vista come una sorta di antidoto alla sindrome *nimby*.

potrebbero partecipare alla stesura degli obblighi di servizio universale, fase precedente all'espletamento della gara e potrebbero, in un momento successivo, erogare un servizio aggiuntivo e integrativo per i propri soci rispetto a quello garantito dall'affidatario, in virtù delle garanzie espresse dall'art. 9 della legge 10 ottobre 1990 che prevede la possibilità di produrre beni e servizi per uso proprio anche in presenza di una riserva di legge su un mercato<sup>140</sup>. Tale norma ha dal lato economico, la giustificazione di inserire nel sistema un regime di concorrenza potenziale, cioè legato al fatto che si scelga la via dell'autoproduzione come alternativa all'acquisto di beni e servizi dal monopolista, mentre dal lato giuridico risulta essere un'applicazione del principio costituzionale della libera iniziativa economica sancito all'art. 41<sup>141</sup>. La possibilità di autoprodurre viene garantita, secondo la scienza giuridica, anche a fronte dei possibili abusi di posizione dominante del monopolista ed è in linea con quanto sancito nel TFUE perchè tende a limitare i monopoli nei mercati<sup>142</sup>. La possibilità di autoprodurre viene considerato come un diritto soggettivo perfetto che può essere negato solo per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale nonché, salvo concessioni, nel settore delle telecomunicazioni<sup>143</sup>. Il monopolista può impedire l'accesso alle infrastrutture necessarie ai fini dell'autoproduzione per motivazioni obiettive e non discriminatorie<sup>144</sup>. Il diritto all'autoproduzione in presenza di una riserva legale, ex art. 9 l. n. 287/1990, si è affermato da tempo per i servizi aeroportuali e portuali su spinta degli operatori privati navali e aerei; in particolare, tali operatori hanno rivendicato il diritto alla fornitura in proprio di tali servizi al fine di

---

<sup>140</sup> Si v. G. Napolitano, *Inquadramento giuridico*, cit.

<sup>141</sup> Si v. F. Macario, *Art. 9. Autoproduzione*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume II, Bologna, Zanichelli, 1993, 792 ss.

<sup>142</sup> *Ibidem*, 795. Se il monopolista agisce impedendo di fatto l'esercizio del diritto ad auto produrre si presume un'intervento diretto dell'Autorità a sanzionare l'abuso di posizione dominante.

<sup>143</sup> L. n. 287/1990, art. 9, comma 2.

<sup>144</sup> M. De Vita, *Art. 9 legge 10 ottobre 1990 n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, CEDAM, Padova, 2004, 2365 ss.

risparmiare rispetto alle tariffe imposte dal concessionario portuale ed aeroportuale<sup>145</sup>.

#### 4.4. La regolazione.

Lo scopo della regolazione nei servizi pubblici locali è quello di verificare che la società fornitrice del servizio – sia essa di proprietà pubblica, privata o mista – operi fornendo la quantità e la qualità del servizio ritenute necessarie dai pubblici poteri al prezzo considerato congruo. La regolazione ha anche lo scopo di verificare la continuità del servizio, l'adeguamento tecnologico e il livello degli investimenti sostenuti. Rispetto al momento dell'affidamento del servizio tramite gara, il regolatore dovrà assicurare *ex ante*, attraverso la stesura del bando, le condizioni di concorrenza per quel mercato rendendolo contendibile, in particolare assegnando il servizio per un ambito territoriale tale da permettere economie di scala e per un periodo di tempo che permetta al gestore di ammortare gli investimenti sostenuti ma che non sia eccessivamente lungo con l'effetto perverso di cristallizzare la posizione del concessionario rispetto a concorrenti potenziali<sup>146</sup>. La regolazione non si esaurisce con l'affidamento del servizio ma dovrà influenzare successivamente il comportamento del gestore al fine di spingerlo a produrre minimizzando la funzione di costo e a rispettare quanto stabilito nel contratto di servizio in termini di qualità ed investimenti.

---

<sup>145</sup> Si v. F. Macario, *Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina «antitrust»: la vicenda delle compagnie portuali*, in *Il Foro italiano*, 1992, IV, 229 ss; M. Antonioli, *L'abuso di posizione dominante nella gestione dei servizi aeroportuali: interpretazione comunitaria dei monopoli legali e regime di autoproduzione dinanzi alla giurisdizione cautelare del giudice amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, 6, 1397 ss. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha perorato l'applicazione dell'art. 9 in questi due settori, si v. *Parere decreto attuativo legge 84/94*, in *Boll.* 32-33/94; *Liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti*, in *Boll.* 7/98.

<sup>146</sup> Inoltre il monopolista sarà spinto ad utilizzare risorse provenienti dall'extraprofitto del monopolio per mantenere una posizione tale (*rent-seeking*) e non avrà neanche incentivi ad innovare. Si v. G. Marzi, L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001, 63.

Nei diversi settori dei servizi pubblici locali la gara per l'affidamento del servizio è uno strumento per introdurre la cd. concorrenza per il mercato: a causa dei frequenti monopoli naturali dovuti all'altissimo costo di duplicazione delle reti, avremo una sola impresa sul mercato<sup>147</sup>. Affinché questa gara produca gli effetti sperati di imitare la concorrenza nel mercato, cioè selezioni la migliore offerta dal punto di vista qualitativo e quantitativo, è necessario innanzitutto dissociare la parte demaniale del servizio dalla gestione e dare in affidamento quest'ultima, limitare il potere della società *incumbent* per rendere quel mercato contendibile, trasformare l'ente pubblico monopolista in una società per azioni affinché gareggi ad armi pari con gli altri concorrenti, assegnare la stesura delle regole per la realizzazione di questa gara ad un'autorità indipendente rispetto al governo e superare gestioni territorialmente inadeguate che producono diseconomie di scala ed impediscono integrazioni con altri servizi<sup>148</sup>. Lo strumento delle gare incontra alcune criticità, tra queste vi è la tendenza ad assegnare maggiore peso ai criteri economici rispetto a quelli qualitativi nel bando di gara<sup>149</sup>. Inoltre, il ruolo di regolatore svolto dall'ente locale – che comporta la programmazione dell'attività da erogare, la definizione dei livelli di qualità, l'individuazione dei costi – soffre di alcune asimmetrie informative rispetto a quello di gestore del servizio, sia *ex ante* che *ex post*, con riferimento al momento della gara, che vengono scaricate sul contratto di

---

<sup>147</sup> Si v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 286 ss.; A. Pezzoli, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006, 385 ss.

<sup>148</sup> Si v. F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 2, 313 ss.; F. Bassanini, *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, cit., 157 ss.

<sup>149</sup> Questa è la tendenza riscontrata nel settore del servizio di distribuzione di gas naturale in numerose occasioni, si v. S. Dorigoni, *Analisi dei bandi di gara e delle offerte delle imprese vincitrici*, in Id. (a cura di), *La riforma della distribuzione del gas in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2007, 121; S. Dorigoni, S. Portatadino, *Natural gas distribution in Italy: when competition doesn't help the market*, IEF Working Paper n. 7, 30 novembre 2007.

servizio assunto a strumento regolatorio<sup>150</sup>. Si aggiunga che le molteplici riforme legislative che hanno interessato i servizi pubblici locali hanno insistito molto sulla disciplina delle gare, lasciando in ombra altri aspetti successivi quali l'autonomia gestionale e l'efficienza dell'impresa pubblica e la tutela dei destinatari dei servizi<sup>151</sup>.

Nel servizio pubblico ricorre una relazione trilaterale tra livello di governo che affida il servizio, l'impresa che lo gestisce e gli utenti, nella quale l'ente locale ricopre più ruoli: il ruolo di affidatario del servizio attraverso gara e contratto di servizio, il ruolo di proprietario o azionista della società di gestione e il ruolo di rappresentante dei cittadini-utenti. Il fatto che l'ente affidatario ricopra più ruoli nelle relazioni intorno al servizio rende impossibile la terzietà del regolatore<sup>152</sup>, condizione necessaria per il controllo delle *performance* di chi eroga il servizio. In questo caso l'ente locale è sia rappresentante dei cittadini-utenti che gestore del servizio e ciò porta inevitabilmente ad una confusione di obiettivi in un'ottica di consenso. Questo conflitto d'interesse appare lampante quando l'ente locale bandisce la gara di affidamento e vi partecipa in qualità di azionista dell'impresa *incumbent*, oppure quando deve decidere il livello degli investimenti e la propria scelta risulta in conflitto con il ruolo di azionista che preferirebbe una gestione orientata alla riscossione di dividendi nel breve periodo più che alla stesura di piani industriali di lungo periodo. Inoltre, gli enti locali sono restii ad allineare le tariffe dei servizi ai costi degli stessi in quanto risultano essere più interessati alla reazione degli utenti-elettori che alla buona gestione dell'impresa che eroga il servizio.

---

<sup>150</sup> Si v. M.Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 149.

<sup>151</sup> *Ibidem*: 138 ss.

<sup>152</sup> Si v. al riguardo S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 2, 265 ss.; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.

L'istituzione di autorità indipendenti di regolazione a livello centrale è auspicabile da più punti di vista. Nel caso di un affidamento a terzi a beneficio di un'impresa privata, l'ente locale – nella veste di programmatore e regolatore del servizio – può incorrere facilmente in episodi di cattura da parte del regolato a causa del forte coinvolgimento del primo negli interessi in gioco. Una seconda motivazione è rappresentata dall'elevata *expertise* tecnica richiesta a queste autorità per la fissazione degli *standard* qualitativi di servizio e per la loro verifica, conoscenze tecniche scarsamente individuabili in contesti locali. Da ultimo, l'esistenza di un regolatore a livello centrale che applica a tutte le gestioni gli stessi parametri di valutazione permetterebbe di confrontare le *performance* degli stessi servizi in ambiti territoriali differenti; la cd. *yardstick competition* renderebbe questi mercati ancora maggiormente contendibili, salvaguardando le gestioni efficienti al di là della loro proprietà<sup>153</sup>.

Attualmente, in una fase nella quale la regolazione indipendente è assente, come per il settore della gestione dei rifiuti, o in fase di avviamento, come per i settori dei trasporti e dei servizi idrici, la gestione in forma di cooperativa da parte degli stessi utenti potrebbe alleggerire l'ente locale del gravoso compito di regolare. Infatti, in virtù dell'allineamento delle preferenze degli utenti con gli interessi dell'impresa, questi potrebbero riuscire a controllare efficacemente gli *standard* qualitativi fissati per legge e nel contratto di servizio. Dal punto di vista del costo della regolazione, l'affidamento ad una cooperativa di utenza sarebbe un notevole vantaggio per l'ente locale non potendo ancora fare affidamento per questo compito sulle strutture tecniche delle autorità indipendenti per molti dei servizi pubblici locali.

---

<sup>153</sup> Sull'istituzione di autorità di settore si v. G. Napolitano, *Il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in C. De Vincenti, A. Vigneri, *Le virtù della concorrenza*, cit., 53 ss. Sulle difficoltà degli enti locali nel far fronte ai costi della regolazione si v. M. Bianco, P. Sestito, *I servizi pubblici locali*, cit., 296 ss.

La società cooperativa, in virtù delle motivazioni che la spingono ad agire, non assumerà quei comportamenti opportunistici dovuti ad asimmetrie informative che incentivano sovente il concessionario a chiedere di rinegoziare il contratto di gestione con la pubblica amministrazione. In virtù della coincidenza tra utenti e soci, la cooperativa avrà incentivi ottimi ad investire nel territorio in cui essi stessi risiedono. L'affidamento del servizio ad una cooperativa sembra permettere un rilassamento della regolazione, sia quella indipendente che quella effettuata dai vari livelli di governo, ottenendo così un duplice risultato. Da un lato i cittadini, utenti e soci della cooperativa, possono controllare con maggior efficacia i risultati del servizio in termini qualitativi e quantitativi, dall'altro il regolatore non rischia di essere "catturato" dal regolato, rappresentato in questo caso dai cittadini stessi. La gestione in forma cooperativa dei servizi pubblici può essere vista come una soluzione ai difetti dell'impresa pubblica, molto legata ad un'ottica di consenso all'interno del ciclo elettorale. Inoltre, può essere vista anche come soluzione ai timori espressi dai cittadini rispetto ad un affidamento dei servizi pubblici a società private e ai rischi di una divergenza di interessi tra quelli dei cittadini, tariffe congrue e servizio di qualità elevata, e quelli dell'impresa, la massimizzazione del profitto. Il timore espresso dai cittadini risulta fondato per quei settori che ancora non sono dotati di un'autorità indipendente di controllo, settori per i quali si è provveduto a privatizzare ma per i quali sono mancate politiche di regolazione che favorissero anche il processo di liberalizzazione, con il rischio che ad un monopolista pubblico se ne sostituisca uno privato.

### **Conclusioni.**

Alla luce del frammentato quadro della disciplina in materia di servizi pubblici locali si possono delineare diverse alternative per le società cooperative. Una prima ipotesi vede la cooperativa partecipare alla gara bandita dall'ente locale per l'affidamento del servizio pubblico o per la *partnership* con la pubblica amministrazione all'interno di una società mista affidataria del servizio. Questa possibilità avrebbe luogo unicamente attraverso una competizione con le altre imprese, poiché nei settori considerati non è possibile derogare alla gara pubblica. La produzione attraverso l'agire tipico cooperativo di beni pubblici locali<sup>154</sup> quali la tutela dell'ambiente e la democraticità dell'impresa – come dimostrato dall'esperienza delle cooperative sociali – assegna alla società cooperativa un innegabile vantaggio competitivo rispetto alle imprese *for profit*. Questo vantaggio però non troverebbe molto spazio in gare per l'affidamento di servizi caratterizzate da una forte competizione sull'elemento economico più che su quello qualitativo; situazione molto frequente a causa della necessità degli enti locali di “fare cassa”. Tale vantaggio sarebbe valorizzato solo in presenza di una pubblica amministrazione attenta ad una concezione ampia di benessere della propria comunità e che predisponga bandi di gara in grado di far valere anche gli elementi qualitativi migliori offerti dagli operatori privati sul mercato e non unicamente la migliore offerta economica. Le novità introdotte dalle ultime riforme in materia obbligano, in parte, gli enti locali ad espletare gare per l'affidamento che tengano conto anche di criteri qualitativi e dell'organizzazione in senso efficientistico del servizio in funzione del benessere dei cittadini utenti.

Anche nel caso in cui la cooperativa di consumo ottenga l'affidamento del servizio tramite la gara pubblica, essa dovrebbe essere regolata da disposizioni integranti quelle del codice civile in maniera tale che, seppur

---

<sup>154</sup> S. Zamagni, *Per una nuova teoria economico-civile dell'impresa cooperativa*, cit., 36.



mancando la caratteristica di mutualità prevalente, la cooperativa sia orientata a perseguire *in primis* i bisogni degli utenti evitando la tentazione dello scopo lucrativo nei confronti i terzi non soci. Inoltre, sarà necessario per tale cooperativa prevedere in statuto forme di maggiore coinvolgimento dei soci attraverso le assemblee.

Altri spazi importanti si aprono per le cooperative nell'autoproduzione e nell'*empowerment* dei soci-utenti. Nel primo caso, la cooperativa fornirebbe un servizio complementare e aggiuntivo rispetto a quello fornito da altre imprese. Nel secondo caso, la cooperativa assumerebbe il ruolo di guida dei soci nelle scelte di consumo in settori completamente liberalizzati. Tale ruolo di *empowerment* potrebbe risultare molto importante anche nel caso i soci volessero partecipare alle procedure di stesura degli obblighi di servizi pubblico per quei servizi erogati in monopolio.

In una prospettiva futura, si potrebbe prendere in considerazione la cooperativa di utenza come alternativa alla gestione diretta del servizio da parte dell'amministrazione, ritornando alla concezione originale di questa forma societaria capace di organizzare la domanda dei soci in merito a bisogni individuali. Come detto, tale possibilità risulta in contrasto con la giurisprudenza europea in tema di *in house providing* e non è realisticamente percorribile senza un'azione legislativa a livello europeo. Immaginando però un ipotetico affidamento diretto, i principi giurisprudenziali che caratterizzano l'*in house* dovrebbero ispirare alcune disposizioni di *governance* quali un forte limite alla possibilità di distribuire utili, i quali potrebbero essere destinati alla diminuzione delle tariffe e ad investimenti sulla qualità del servizio. Inoltre, anche in questo caso bisognerebbe fissare disposizioni che rendano più influenti le decisioni dell'assemblea dei soci in merito alla gestione del servizio. Nel caso di un affidamento diretto, sarebbe auspicabile la costituzione *ex novo* della cooperativa all'esterno di gruppi cooperativi paritetici o di consorzi di cooperative in maniera tale che essa svolga la propria attività solo con la

pubblica amministrazione senza rapporti mutualistici o lucrativi con altre società, in riferimento proprio al principio della realizzazione di gran parte dell'attività con l'amministrazione che il giudice europeo ha elaborato per gli affidamenti diretti.

Alla luce della difficoltà di questo cammino immaginato al termine dell'analisi, sarebbe comunque auspicabile che tutte le cooperative che intendono operare nei servizi pubblici riflettano sulla propria forma organizzativa con la finalità di perseguire primariamente i bisogni dei propri soci e della comunità in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 45 che riconosce la funzione sociale delle cooperative. In tal senso, la cooperativa che intende operare nei servizi economici di interesse generale, che siano in un mercato competitivo o in monopolio naturale, dovrà leggere questa possibilità attraverso la lente delle motivazioni che la spingono ad agire, in particolare indirizzando la propria azione verso quei settori nei quali gli utenti domandano servizi migliori sia dal punto di vista della qualità che del prezzo a causa di meccanismi del mercato non finalizzati al benessere del cittadino utente.

Le cooperative devono tener presente anche la possibilità di completare l'offerta di servizi pubblici rispondendo a specifici bisogni dei loro soci, per esempio attraverso l'autoproduzione di servizi non erogati da altri produttori, e anche la possibilità di operare all'esterno della filiera industriale e riservarsi il compito di organizzare la domanda di servizi nel rapporto tra utenti e gestore. Ancora una volta la cooperativa è chiamata a tornare alla sua funzione sociale e a muoversi andando ad intercettare la domanda e i bisogni dei cittadini.

## **Bibliografia.**

Agus, D., *I servizi pubblici locali e la fiducia nella concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 7, 464 ss.;

Bassanini, F., *Gli aspetti innovativi della regolazione e il settore dei servizi pubblici locali*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, 2000;

Bassi, A., *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli, Jovene, 1976;

Bassi, A., *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici. Artt. 2511- 2548*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1988;

Bassi, A., *L'impresa societaria con scopo mutualistico*, in V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2009;

Bertonazzi, L., R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II ed., parte speciale, tomo IV, 2007, 1845 ss.

Bianco, M., P. Sestito (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Il Mulino, Bologna, 2010;

Bonfante, G., *Delle imprese cooperative. Art. 2511-2545*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1999;

Bonfante, G., *La nuova società cooperativa*, Bologna, Zanichelli, 2010;

Borzaga, C., E. Tortia, *Dalla cooperazione mutualistica alla cooperazione per la produzione di beni di interesse collettivo*, in E. Mazzoli, S.Zamagni (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2006;

Bruti Liberati, E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006;

Cafagno, M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001;

Cafferata, R., *Le organizzazioni non profit, i processi di privatizzazione e l'economia mista in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, 30 ss.;

Cammelli, M., *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010;

M. Capantini, *Il sistema elettrico italiano e il diritto degli appalti: l'acquirente unico S.p.A. come contraente pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2005, 5;

Cassese, S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, 2;

Cassese, S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubblica*, 1996, 5;

Cassese, S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, 2;

Cassese, S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 2;

De Bellis, M., *La disciplina della borsa elettrica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 8.

De Nictolis, R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 10;

De Vincenti, C., B. Spadoni, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali. Note al margine del DDL 7042*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 3;

De Vita M., *Art. 9 legge 10 ottobre 1990 n. 287 (legge antitrust)*, in L.C. Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, CEDAM, Padova, 2004, 2365 ss;

Di Porto F., *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, 4;

Di Porto F., *Il decreto Bersani (d. lgs. n. 79/99). Profili concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, 8, 407 ss.

Dorigoni, S. (a cura di), *La riforma della distribuzione del gas in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2007, 121;

Dorigoni, S., S. Portatadino, *Natural gas distribution in Italy: when competition doesn't help the market*, IEFE Working Paper n. 7, 30 novembre 2007;

Dugato, M., *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 2585 ss;

Gagliarducci, F., A. Iurleo, *Cooperative sociali*, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva, Pubblica amministrazione e terzo settore*, Bagno a Ripoli, Astrid- Passigli Editore, 2008.

Hansmann, H., *La proprietà dell'impresa*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Lanzi D., *Consorzi ed energia elettrica: alcune opportunità per la cooperazione*, in *Rivista della cooperazione*, 2003, 2.

Macario F., *Art. 9. Autoproduzione*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Volume II, Bologna, Zanichelli, 1993, 792 ss.;

Marzi, G., L. Prosperetti, E. Putzu, *La regolazione dei servizi infrastrutturali*, Bologna, Il Mulino, 2001;

Massera, A., C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Edizioni Plus, 2004;

Merusi, F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2002;

Merusi, F., *Le modalità di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove autonomie*, 2009, 2-3.

Mill, J.S., *Principi di economia politica*, Editori Riuniti, Roma, 1979;

Miraglia, A., *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 2;

Napolitano, G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 2;

Napolitano, G., *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 2205 ss.

Napolitano, G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005;

Napolitano, G., *Il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in C. De Vincenti, A. Vigneri, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Il Mulino, Bologna, 2006.

Napolitano G., *Gli aspetti giuridici*, intervento all'incontro *La cooperazione di utenti ed i servizi pubblici*, Fondazione Barberini, Bologna, 2 marzo 2012;

Napolitano, G., M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009;

Nicodemo, G.F., *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 2, 156 ss;

Nigro, A., *Art. 45*, in A. Nigro, G. Ghezzi, F. Merusi, *Rapporti economici*, III, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980;

Occhilupo, R., *La regolazione del settore dei servizi pubblici locali. Note a margine del d.d.l. Lanzillotta*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, 3;

Pirelli, G., *Cooperative e legislazione speciale*, 2005, disponibile su [www.notariato.it](http://www.notariato.it);

Pezzoli, A., *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in C. De Vincenti, A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006;

Rangone, N., *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999;

Salerno, M.E., *Il mercato del gas naturale in Italia*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 71 ss.

Sorace, D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto Pubblico*, 1999, 2;

Thomas, A., *Gli elementi di competitività delle cooperative sociali*, in *Economia e diritto del terziario*, 2002, 2;

Tombari, U., *Diritto dei gruppi di imprese, società cooperative ed “enti non profit”*, in Id., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010;

Torchia, L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996;

Williamson, O., *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, Franco Angeli, 1992;

Zamagni, S., *Per una nuova teoria economico-civile dell'impresa cooperativa*, in Mazzoli, E., S.Zamagni. (a cura di), *Verso una nuova teoria economica della cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2006;

Zoppini, A., *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Rivista delle società*, 2005, 4, 760 ss.;

### **Normativa.**

Legge 6 dicembre 1962, n. 1643, *Istituzione dell'Ente nazionale per la energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 316 del 12 dicembre 1962;

Legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n.240 del 13 ottobre 1990;

Legge 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n.283 del 3 dicembre 1991;

Legge 30 luglio 1994, n. 474, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 177 del 30 luglio 1994;

Legge 14 novembre 1995 n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, pubblicato in *Suppl. ordinario* n. 136 alla *Gazzetta Ufficiale* n. 270, del 18 novembre;

Legge 31 luglio 1997 n. 249, *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 1997, n. 177;

Legge 2 aprile 2007, n. 40, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, recante misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione*

*della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 2 aprile 2007;

Legge 3 agosto 2007, n. 125, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, recante misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, n. 188 del 14 agosto 2007;

Legge 23 luglio 2009, n. 99, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2009, Supplemento ordinario n. 136;

Legge 12 luglio 2011, n. 107, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia, non ancora pubblicato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n.160 del 12 luglio 2011;

Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 216 del 16 settembre 2011;

Legge 12 novembre 2011, n. 183, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012)*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 265 del 14 novembre 2011, Supplemento Ordinario n.234;

Legge 22 dicembre 2011, n. 214, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 300 del 27 dicembre 2011, Supplemento ordinario n. 276.

Legge 24 marzo 2012, n. 27, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 71 del 24 marzo 2012.

Decreto-legge 18 giugno 2007, n. 73, *Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 139 del 18 giugno 2007.

Decreto Legislativo 25 novembre 1996, n. 625, *Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 293 del 14 dicembre 1996 - Supplemento Ordinario n. 219 (Rettifica G.U. n. 50 del 1° marzo 1997).



Decreto Legislativo 16 marzo 1999, n. 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 75 del 31 marzo 1999;

Decreto Legislativo 23 maggio 2000, n. 164, *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 142 del 20 giugno 2000;

Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 28 settembre 2000 - Supplemento Ordinario n. 162;

Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, n.88 del 14 aprile 2006 - Suppl. Ordinario n. 96;

Decreto del Ministero delle attività produttive 19 dicembre 2003, *Approvazione del testo integrato della Disciplina del mercato elettrico. Assunzione di responsabilità del Gestore del mercato elettrico S.p.a. relativamente al mercato elettrico*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 301 del 30 dicembre 2003, suppl. Ordinario n.199;

Decreto del Ministero delle attività produttive 23 giugno 2004, *Istituzione dell'Albo delle società cooperative, in attuazione dell'art. 9 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, e dell'art. 23-sexiesdecies delle norme di attuazione e transitorie del codice civile*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 162 del 13 luglio 2004;

Decreto del Ministero dello sviluppo economico 18 marzo 2010, *Modalità di offerta e obblighi degli operatori nell'ambito della piattaforma di negoziazione per lo scambio delle quote di gas importato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 103 del 5 Maggio 2010;

Decreto Ministero dello Sviluppo Economico 6 agosto 2010, *Vendita delle aliquote di prodotto della produzione di gas nel territorio nazionale, royalties, destinate allo Stato*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 200 del 27 agosto 2010;

Decreto del Ministero dello sviluppo economico 19 gennaio 2011, *Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale*, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 31 marzo 2011, n. 74;

Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70*, pubblicato in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 3 dicembre 2007, L 315/1;

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Promozione delle società cooperative in Europa*, Bruxelles 23.2.2004, COM(2004) 18 definitivo;

### **Giurisprudenza.**

Corte costituzionale, sentenza del 12 gennaio 2011, n. 24 (*ammissibilità referendum*);

Corte costituzionale, sentenza del 12 gennaio 2011, n. 25 (*ammissibilità referendum*);

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza dell'11 maggio 2010, n. 2829 (*affidamento diretto del servizio di igiene urbana*);

Corte di giustizia della Comunità europea, sez. V, sentenza del 18 novembre 1999, C-107/98 (*Teckal s.r.l.*);

Corte di giustizia, sez. I, sentenza del 11 gennaio 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*);

Corte di giustizia, sez. I, sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*);

Corte di giustizia, sez. III, sentenza del 15 ottobre 2009, C-196/08 (*affidamento del servizio idrico a una società a capitale misto*).

Desidererei ringraziare la Fondazione Ivano Barberini e il suo Presidente, Mauro Giordani, per aver reso possibile questo lavoro. Un ringraziamento va inoltre al Prof. Giulio Napolitano per aver letto e commentato il presente lavoro. Ogni eventuale errore o svista è imputabile solo all'autore e può essere segnalato all'indirizzo [and.altieri@yahoo.it](mailto:and.altieri@yahoo.it).