

CARMINE VOLPE – Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

(<http://www.giustizia-amministrativa.it/>)

La “nuova normativa” sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzaro”. Ma è vera resurrezione?*

Sommario: 1. Introduzione. 2. La normativa applicabile subito dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012. 3. L’art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011. 4. La nuova normativa di cui all’art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221: a) comma 20. 5. Segue: b) comma 21. 6. Segue: c) comma 22. 7. Segue: d) comma 23. 8. Segue: e) comma 24. 9. Segue: f) comma 25. 10. Segue: g) comma 26. 11. Segue: h) comma 27. 12. Gli adempimenti e il ruolo degli enti affidanti. 13. Conclusioni.

1. Introduzione.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199^[1], ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni (dal titolo “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall’Unione europea”), per violazione dell’art. 75 della Cost.. Di seguito i passi di rilievo della sentenza:

- *“La normativa all’esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti», in palese contrasto, quindi, con l’intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell’esito della consultazione referendaria e l’adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”;*

- la *“normativa comunitaria, ... consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell’ente locale, allorquando l’applicazione delle*

* Lo scritto è pubblicato in www.giustamm.it, n. 1-2013.

^[1] In www.giustamm.it, n. 7/2012. La sentenza è commentata da E. Furno, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: «palla al centro?»*, in www.giustamm.it, n. 10/2012 e da G. Cocimano, *L’illegittimità costituzionale dei limiti all’in house nei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 1141. Sulle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità in materia di gestione dei rifiuti, si veda A. Tricarico, *La gestione integrata dei rifiuti. Dall’entrata in vigore del Codice dell’ambiente alla bocciatura della cd. seconda liberalizzazione*, in www.giustamm.it, n. 9/2012.

regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante”;

- “Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere”.

Così, la Corte Costituzionale, mentre ha salvato in gran parte - con la sentenza n. 200 emessa nella stessa data del 20 luglio 2012^{2[2]} - il principio di liberalizzazione delle attività economiche affermato nell'art. 3 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, con la sentenza n. 199/2012 ha azzerato la normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 4 del medesimo decreto legge.

La Corte ha inteso salvaguardare il risultato referendario del giugno 2011. La sentenza n. 199/2012 è, infatti, conseguenza diretta della sentenza della medesima Corte 26 gennaio 2011, n. 24^{3[3]}, che aveva ammesso il referendum sull'intero testo dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni ; ma non è del tutto in linea con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325^{4[4]} che aveva riconosciuto la conformità costituzionale dell'art. 23-bis.

Subito dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, accertata la mancanza di “una disciplina di taglio generale sull'affidamento dei servizi locali a rilevanza economica”, si era ritenuto, “in attesa che il legislatore rielabori una nuova, organica e coerente normativa”, che la materia fosse “direttamente soggetta alle regole ed ai principi europei, che sono invero piuttosto definiti ed in grado di orientare immediatamente – oltre alle scelte della politica nazionale – il comportamento delle amministrazioni e le decisioni dei giudici”^{5[5]}.

Si era così venuta a creare una situazione identica a quella immediatamente successiva al referendum abrogativo del citato art. 23-bis^{6[6]}. Per effetto del cui esito era stato emanato il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 che aveva abrogato, con efficacia *ex nunc*, l'art. 23-bis e comportato la caducazione del regolamento attuativo, approvato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

^{2[2]} In www.cortecostituzionale.it.

^{3[3]} In *Foro it.*, 2011, 3, 671.

^{4[4]} In *Foro it.*, 2011, 5, 130.

^{5[5]} F. Luciani, «Pubblico» e «privato» nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in www.giustamm.it, n. 10/2012.

^{6[6]} Si rimanda, al riguardo, a C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, n. 10/2011.

La Corte Costituzionale, invero, con la sentenza n. 24/2011^{7[7]}, aveva ritenuto che “...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”.

Si era così arrestato quel “dinamismo normativo” che negli ultimi anni aveva caratterizzato la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica^{8[8]}.

2. La normativa applicabile subito dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

All'azzeramento della normativa contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, ad opera della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, consegue un effetto di semplificazione; con la conseguente applicazione, nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, oltre che della disciplina di settore non toccata dalla detta sentenza, della normativa e dei principi generali dell'ordinamento europeo, nonché di quelli affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e di quella nazionale. Mentre non si applica il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163^{9[9]}.

^{7[7]} Citata alla nota 3.

^{8[8]} C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in www.giustamm.it, n. 12/2011.

^{9[9]} Si veda in particolare l'art. 30, secondo cui:

- “1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi.
2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.
3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.
4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.
5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessione di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici.
6. Se un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.
7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7.”

Rimangono le tre modalità di organizzazione dei servizi pubblici, o meglio di scelta del soggetto gestore e/o affidatario:

- a) ricorso al mercato;
- b) partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (cosiddetto PPPI);
- c) affidamento in house.

La prima è il modello della così detta evidenza pubblica, ossia della scelta del soggetto affidatario previa gara, rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza.

La seconda è il fenomeno delle società miste (che a livello comunitario è conosciuto come quello del PPPI), il quale si realizza attraverso la cosiddetta gara a doppio oggetto (riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio), in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha ad oggetto la scelta del socio e l'affidamento della missione medesima (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intendono affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita). Il modello è stato ammesso dalla Corte di Giustizia U.E.^{10[10]}; la quale, a sua volta, ha aderito alla comunicazione interpretativa della Commissione europea in data 5 febbraio 2008 “sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”^{11[11]}.

Quindi ammissibilità dell'affidamento a una società mista previa gara a doppio oggetto e senza alcuna previsione di percentuali minime di partecipazione (pubblica o privata).

La terza è il cosiddetto in house^{12[12]} che consente l'affidamento diretto, senza previa gara, a un soggetto solo formalmente, e non sostanzialmente, diverso dall'ente affidante. Il che è consentito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E. in presenza di tre condizioni: a) totale partecipazione pubblica; b) controllo analogo sulla società affidataria a quello che l'ente o gli enti affidanti esercitano sui propri servizi; c) realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Quindi ammissibilità dell'affidamento in house senza deroghe e senza eccezioni^{13[13]}.

^{10[10]} Corte Giust. U.E., sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211. Va rilevato che la decisione della Corte di Giustizia è stata anticipata dal legislatore italiano che, con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 - convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 - ha previsto per la prima volta il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto.

^{11[11]} Pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008, C91/4. Il modello della gara a doppio oggetto ha avuto anche l'avallo iniziale della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 705, commentata da G. Fraccastoro e F. Colapinto, *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Giurisd. amm.*, 2009, I, 214; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12, 611).

^{12[12]} In tema di in house si veda, da ultimo: V. Parisio, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2012 e Corte di Giustizia U.E., sez. III, 29 novembre 2012 (cause nn. C-183/11 e C-183/1), in *www.giustamm.it*, n. 12/2012, con commento di G. Guzzo, *Nota a sentenza della Corte di Giustizia, Sezione III, del 29.11.2012 (C – 183/11)*.

^{13[13]} L'art. 4, comma 13, del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni, consentiva l'affidamento in house solo “se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui”.

3. L'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

Pur dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 continua ad applicarsi l'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, dal titolo "Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali"^{14[14]}. La relativa disciplina è la seguente:

A) Con riguardo solo ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica:

- Comma 1:

a) "le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012";

b) "La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale";

c) "le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267";

d) "fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma";

e) "decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio".

^{14[14]} Inserito dall'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e poi modificato, con riguardo al comma 1, dall'art. 53 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

B) Con riguardo a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica:

a) incentivi alle gare:

- comma 2: “In sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta”.

E' la cosiddetta clausola sociale;

- comma 3: “A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111”;

- comma 4: “Fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa”;

b) vincoli in capo ai soggetti affidatari in house:

- commi 5 e 6: “5. Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

6. Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”.

La legittimità della previsione di vincoli in capo ai soggetti affidatari in house non pare possa essere messa in dubbio dall'intervento della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012,

seguendo logiche diverse che conducono alla sostanziale assimilazione delle società in house alla pubblica amministrazione.

4. La nuova normativa di cui all'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221: a) comma 20.

Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, dal titolo "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", all'art. 34 ("Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni") contiene in otto commi – dal 20 al 27 – la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Sei erano invece i commi (dal 13 al 18) contenuti nell'originario art. 34 del d.l. n. 179/2012.

Innanzitutto, nel titolo dell'art. 34 in sede di conversione è scomparso il termine servizi pubblici locali, che era nel titolo dell'articolo del decreto legge. E' una prima stranezza della norma. Anche se in sede di conversione viene aggiunto "locali" a trasporti, è evidente che la nuova normativa non si applica solo ai trasporti locali, ma anche ad altri servizi pubblici, quali i rifiuti e quelli innominati (tra cui il servizio di illuminazione votiva, espressamente disciplinato).

Il citato art. 34, al comma 20, prevede che "Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

La norma, del tutto eguale a quella di cui al comma 13 dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, prevede la necessità, ai fini dell'affidamento del servizio, della redazione e della pubblicazione di una relazione, con duplice contenuto:

a) indicazione delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta;

b) definizione dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

Ossia, si "istituzionalizza" l'obbligo di motivare, e pubblicizzare, il ricorso all'affidamento diretto o all'affidamento tramite gara.

Una prima domanda consegue: la norma ha comportato l'equiordinazione dei modelli di affidamento? Ossia, una volta che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, ha ritenuto

che l'in house non possa essere un modello derogatorio ed eccezionale, in contrasto con la volontà scaturita dall'esito referendario sul più volte citato art. 23-bis, l'in house è diventato modello alternativo alla gara e posto sullo stesso piano della stessa?

Al riguardo va precisato che:

a) l'art. 106, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevede che “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”; ossia, nella materia, il principio di concorrenza può essere derogato solo se esso ostacoli l'adempimento della specifica missione – costituita dalla soddisfazione dell'interesse generale – loro affidata;

b) è vero che il diritto europeo è neutro rispetto alle scelte operate dalle amministrazioni sulla modalità di gestione dei servizi di interesse economico generale; scelte che rientrano nella libertà e nel potere (di autorganizzazione) delle stesse. Tuttavia, se è vero che la scelta di non trasferire ad un soggetto terzo la funzione amministrativa idonea a soddisfare la domanda relativa ad un pubblico servizio costituisce per la pubblica amministrazione una facoltà legittima, ciò non esclude che comunque la decisione di ricorrere ad una società in house anziché ad un soggetto terzo debba essere effettuata previa valutazione comparativa dei rispettivi servizi offerti^{15[15]};

c) l'affidamento in house senza gara costituisce pur sempre un'eccezione alle direttive comunitarie che vanno interpretate restrittivamente^{16[16]}

Ne consegue che alla domanda andrebbe data risposta negativa, dato che la gara costituisce pur sempre la modalità principale di scelta del soggetto a cui affidare la gestione del servizio. Tra l'altro, la disciplina comunitaria consente ma non impone agli Stati membri di prevedere con determinate cautele la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale^{17[17]}. Ma allora se così è, che bisogno c'è di motivare sul ricorso all'evidenza pubblica - previa gara normale o gara a doppio oggetto (per la costituzione di un società mista) - rispetto all'affidamento in house?

E' vero semmai il contrario. Ma si tratta di una delle stranezze della nuova normativa.

5. Segue: b) comma 21.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 21, così dispone: “Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31

^{15[15]} TAR Liguria, sez. II, 1 febbraio 2012, n. 225, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

^{16[16]} Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, 4, III, 161.

^{17[17]} In tal senso Corte Cost. n. 325/2010, citata alla nota 4.

dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013”.

La norma, in parte diversa da quella contenuta nell'art. 34, comma 14, del d.l. n. 179/2012, riguarda gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del d.l. n. 179/2012 ed ha un contenuto duplice.

La prima parte riguarda gli affidamenti “non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea”; i quali vanno adeguati entro il 31 dicembre 2013 “pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20”.

Il che comporta che gli affidamenti non conformi alla normativa europea (ed esempio un in house nel quale manca la totale partecipazione pubblica, il controllo analogo o la prevalenza dell'attività, oppure una società mista costituita a seguito di gara che ha avuto ad oggetto solo la qualità di socio e non anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio) devono essere oggetto di autoannullamento da parte dell'amministrazione affidante; che dovrà provvedere ad affidare il medesimo servizio con modalità conformi al diritto europeo e sulla base dell'apposita relazione di cui al comma 20.

La seconda parte riguarda tutti gli affidamenti, sempreché conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, nei quali non è prevista una data di scadenza. Gli enti competenti devono provvedere ad inserire nel contratto di servizio, o negli altri atti che regolano il rapporto, un termine di scadenza dell'affidamento.

In entrambe le fattispecie, in caso contrario - ossia qualora entro il 31 dicembre 2013 non si provveda a far cessare l'affidamento non conforme al diritto europeo e, per gli affidamenti conformi ma senza scadenza, non si inserisca il termine di scadenza - è prevista la cessazione *ex lege* dell'affidamento in essere alla data del 31 dicembre 2013.

La norma non fissa alcun limite sul termine di scadenza da prevedere. Così che qualunque termine fissato, indipendentemente dalla sua lunghezza, evita l'effetto della cessazione *ex lege* al 31 dicembre 2013. Ma la fissazione del termine, da disporre comunque con un provvedimento, potrà essere contestata con riguardo alla sua congruità mediante gli ordinari strumenti di tutela esperibili innanzi al giudice amministrativo.

6. Segue: c) comma 22.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 22, così dispone: “Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020”.

La norma, del tutto eguale a quella di cui al comma 15 dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, fissa la disciplina transitoria degli affidamenti diretti alle società quotate; affidamenti che, effettuati direttamente (senza gara) a società miste (quali sono le società quotate in borsa) e quindi non in house - di conseguenza non conformi al diritto europeo - trovano una nuova copertura legislativa una volta venuta meno quella costituita dall'art. 4, comma 32, lett. d), del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

Si prevedono due sole alternative di cessazione:

- a) alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto;
- b) al 31 dicembre 2020, per gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza.

La conformità comunitaria della norma è tutta da dimostrare. Ma si sa che, in ipotesi di diritto transitorio, ovvero di norme disposte per assicurare il graduale passaggio da un vecchio a un nuovo regime, la Corte di Giustizia della U.E. è di maglie larghe. E' evidente però che la scadenza del 2020 potrebbe essere ritenuta eccessivamente lunga da parte dei competenti organi dell'Unione (quella precedentemente fissata si fermava al 2015).

7. Segue: d) comma 23.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 23, inserisce un nuovo comma (1-bis) dopo il comma 1 dell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni, del seguente tenore:

“Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo”.

L'originaria norma, contenuta nel comma 16 del d.l. n. 179/2012, riprendeva quasi pedissequamente il comma 35-bis dell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011.

L'attuale norma di cui al comma 23 è in parte cambiata e si riferisce solo ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani.

Essa integra la disciplina di cui all'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevedendo che l'esercizio delle diverse funzioni in materia (organizzazione dei servizi, scelta della forma di gestione, determinazione delle tariffe, affidamento della gestione e controllo sulla stessa) avvenga solo da parte degli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui (e in conformità) al comma 1 del medesimo articolo

8. Segue: e) comma 24.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 24, abroga la lett. b) all'art. 53, comma 1, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

La norma, del medesimo tenore di quella di cui al comma 17 dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, compie un'operazione di drafting normativo, dato che vengono eliminate le modifiche apportate all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 199/2012; modifiche che erano state apportate da una legge di alcuni giorni successiva alla sentenza stessa che aveva dichiarato incostituzionale l'articolo modificato. Sembra un paradosso ma nel nostro ordinamento accade anche questo!

9. Segue: f) comma 25.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 25, prescrive che "I commi da 20 a 22 non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, al servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, nonché alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. Restano inoltre ferme le disposizioni di cui all'articolo 37 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134".

La norma è eguale a quella di cui al comma 18 dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012.

Si tratta delle così dette esclusioni di settori che, essendo oggetto di normativa specifica, erano rimasti al di fuori del campo di applicazione sia dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, che dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, nonché della salvezza di altre disposizioni in tema sempre di settori esclusi.

10. Segue: g) comma 26.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 26, così dispone: “Al fine di aumentare la concorrenza nell'ambito delle procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, all'articolo unico del decreto del Ministro dell'interno 31 dicembre 1983, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 16 del 17 gennaio 1984, al numero 18) sono soppresse le seguenti parole: «e illuminazioni votive». Conseguentemente i comuni, per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, applicano le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, e in particolare l'articolo 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'articolo 125”.

La norma, inserita *ex novo* dalla legge di conversione, riguarda il servizio di illuminazione votiva e lo considera espressamente oggetto di “affidamento in concessione”.

In primo luogo si modifica l'articolo unico del d.m. dell'interno 31 dicembre 1983, ad oggetto “Individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale”, eliminando dall'elenco delle “categorie dei servizi pubblici a domanda individuale” le “illuminazioni votive”. Ciò al dichiarato fine di “aumentare la concorrenza” nell'ambito delle relative procedure di affidamento in concessione.

Il che vorrebbe dire che il servizio di illuminazione votiva non è più considerato dalla legge un servizio pubblico bensì un appalto pubblico di servizi. Ma, contraddittoriamente, la legge continua a parlare del relativo servizio come oggetto di concessione; istituto che esiste solo nell'ambito dei servizi pubblici e dei beni pubblici, mentre nella materia degli appalti pubblici è prevista unicamente la concessione di costruzione e gestione relativamente ai lavori.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, al riguardo, ha inquadrato il servizio di illuminazione votiva nell'ambito dei servizi pubblici a rilevanza economica^{18[18]}. Ritenendo, conseguentemente, l'applicazione della relativa normativa (art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 e art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011) e dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 in tema di concessione di servizi, nonché l'impossibilità, per l'ente locale, di gestire il medesimo servizio in economia.

Quanto affermato dal Consiglio di Stato^{19[19]}, secondo cui nessuna norma obbliga i Comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di

^{18[18]} Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in www.lexitalia.it, n. 10/2012. Si veda anche la giurisprudenza citata nella sentenza (Cons. Stato, sez. V: 29 marzo 2010, n.1790; 5 dicembre 2008, n. 6049; 14 aprile 2008, n.1600; tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

^{19[19]} Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552, in www.giustizia-amministrativa.it.

accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani e handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia, è stato di recente ridimensionato dal medesimo Consiglio di Stato^{20[20]}; il quale ha ritenuto che la precedente statuizione si riferisse ad attività di modesto impegno finanziario e, quindi, a ipotesi di servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Da quanto prescritto nel primo periodo del comma 26 dell'art. 34 in commento se ne fa derivare, come conseguenza, il disposto del secondo periodo, prevedendo che i Comuni, per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, devono applicare le norme di cui al d.lgs. n. 163/2006, ossia del codice sui contratti pubblici, e in particolare l'art. 30 (dal titolo "Concessione di servizi") e, qualora ne ricorrano le condizioni, l'art. 125 (dal titolo "Lavori, servizi e forniture in economia").

Una certa confusione ne consegue.

Se l'intenzione del legislatore, intervenendo sull'elenco del d.m. 31 dicembre 1983, è quella di non considerare più il servizio di illuminazione votiva come un servizio pubblico bensì come un appalto pubblico di servizi e, conseguentemente, di applicare la normativa e le procedure del d.lgs. n. 163/2006, compresa la possibilità della gestione in economia alle condizioni e nei limiti di importo previsti dal medesimo decreto legislativo, è incomprensibile il richiamo all'applicazione dell'art. 30 di quest'ultimo; il quale disciplina un settore escluso dall'operatività del codice, quale quello dei servizi pubblici, per i quali si prevede solo il rispetto dei principi del TFUE e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, nonché l'applicazione della parte IV (sul contenzioso) e, in quanto compatibile, dell'art. 143, comma 7^{21[21]}.

E allora delle due l'una. O si applicano le norme e le procedure del codice dei contratti pubblici, soprattutto in ambito di procedure da seguire per la scelta del contraente, formalmente e dettagliatamente disciplinate dallo stesso, o si applica solo l'art. 30 del codice, nel quale la procedura di evidenza pubblica non è formalizzata ma deve rispettare solo i principi enunciati.

La norma, così come formulata, e data anche la sua premessa, non può che comportare l'applicazione - al servizio di illuminazione votiva - dell'intera disciplina fissata per gli appalti pubblici di servizi e, in particolare, delle procedure di gara. Mentre quanto previsto dall'art. 30 del codice è alternativo alle rimanenti disposizioni dello stesso (il comma 1, infatti, prevede che, "Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi").

^{20[20]} Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2012.

^{21[21]} Secondo cui "L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico - finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto".

11. Segue: h) comma 27.

L'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, al comma 27, sopprime, all'art. 4, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, le parole: “e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui”.

La norma, novità della legge di conversione, elimina le restrizioni all'in house che erano state previste dall'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95/2012 (spending review), secondo cui “A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui”.

La disposizione, che si applicava anche ai servizi pubblici locali - siccome l'esclusione nei riguardi delle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, disposta dal comma 3 del citato art. 4, riguarda solo le disposizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo - non era più conforme ai contenuti della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 che aveva ritenuto illegittime le limitazioni quantitative al ricorso all'in house.

In mancanza dell'intervenuta soppressione normativa non si sarebbe potuto che seguire un'interpretazione costituzionalmente orientata, nel senso di escludere l'applicazione del limite dei 200.00 euro all'in house quanto meno per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

12. Gli adempimenti e il ruolo degli enti affidanti.

I conseguenti adempimenti a carico degli enti affidanti a seguito della nuova normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica risultano semplificati rispetto a quelli che derivavano dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011. Si tratta, in sostanza, della redazione e della pubblicazione della relazione - in entrambe le ipotesi previste dai commi 20 e 21 dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012 - nonché della previsione di un termine di scadenza degli affidamenti conformi al diritto europeo qualora non sia stata stabilita una data di scadenza.

Il ruolo degli enti locali rimane centrale, dato che l'“organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale” rientra tra le funzioni fondamentali dei comuni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. p), della

Cost.^{22[22]}. Norma derogata solo per i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, le cui funzioni di organizzazione sono esercitate dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei (art. 3-bis, comma 1-bis, del citato d.l. n. 138/2011).

La scelta sulle modalità di affidamento e di gestione viene, come sempre, rimessa agli enti affidanti, che eserciteranno un potere discrezionale, ma nel doveroso rispetto:

a) dei principi europei: di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi;

b) dell'obbligo di motivazione;

c) dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Principi, questi ultimi, che inducono a favore non solo della scelta meno onerosa o più vantaggiosa per l'amministrazione, ma anche di quella più idonea a soddisfare gli interessi degli appartenenti alla comunità di riferimento, in quanto soggetti utenti dei servizi.

Il che corrobora l'idea che il ricorso all'in house non sia "liberalizzato" ed equiordinato agli altri modelli di gestione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012; dovendosi, invece, ai fini dell'affidamento, necessariamente valutare, e conseguentemente motivare, sulla convenienza, soprattutto economica e finanziaria, rispetto al modello dell'evidenza pubblica (gara semplice o a doppio oggetto). Tanto più che il ricorso all'in house non consente all'ente affidante di usufruire degli incentivi (anche economici) previsti in caso di procedura ad evidenza pubblica (art. 3-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 138/2011). E questo, in un momento in cui la spending review diviene uno dei principali obiettivi da perseguire nelle politiche di governo, non è di poco conto.

Alcuni contenuti dell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011 continuano a mantenere validità.

Si tratta dei principi che devono essere rispettati nelle procedure di evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto affidatario del servizio (comma 8). Si applicano data la loro derivazione europea e comunque si trovano pur sempre enunciati nell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006.

Gli enti affidanti, poi, nell'indizione delle gare, ben possono inserire, nei contenuti dei bandi o delle lettere di invito, quanto era previsto nel comma 11 e, specificamente per le gare a doppio oggetto, nelle lettere a), b) e c) del comma 12 dell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011.

I relativi provvedimenti degli enti affidanti sono poi pur sempre soggetti al potere di impugnativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287^{23[23]}, sia con riguardo alle scelte relative alle modalità di affidamento che ai contenuti

^{22[22]} Ex art. 14, comma 27, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'art. 19 del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012.

^{23[23]} Aggiunto dall'art. 35, comma 1, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214. Ai sensi del citato art. 21-bis:

dei bandi; potere che si aggiunge a quello ordinario di impugnazione innanzi al giudice amministrativo da parte dei soggetti lesi.

Anche l'interesse al corretto funzionamento del mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica viene tutelato siccome interesse giuridicamente rilevante, che ha ad oggetto il bene della vita della concorrenza. E nel caso del citato art. 21-bis la posizione differenziata viene per legge riconosciuta al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare la concorrenza, ossia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Rimangono due domande in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

E' possibile la gestione diretta o in economia e il ricorso all'azienda speciale?

Quanto alla gestione diretta o in economia la questione, risolta in modo affermativo dalla legge solo con riguardo al servizio di illuminazione votiva, nel silenzio normativo andrebbe esclusa per gli altri servizi pubblici locali; anche in conformità a quanto recentemente affermato dal Consiglio di Stato^{24[24]} (si rimanda al paragrafo 10). Dovendosi applicare la normativa europea, l'unica possibilità di gestione diretta è quella a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house.

Relativamente all'azienda speciale, l'art. 114, comma 5-bis, del d.lgs. n. 267/2000, aggiunto dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, ha assoggettato le aziende speciali e le istituzioni, a decorrere dall'anno 2013, al patto di stabilità interno e ha previsto, nei loro confronti, l'applicazione delle disposizioni del codice sui contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), nonché di quelle che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieto o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali^{25[25]}; così sottoponendo le aziende speciali agli stessi limiti e condizioni previsti per le società affidatarie in house dall'art. 3-bis del citato d.l. n. 138/2011.

“1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.

3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

^{24[24]} Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2012.

^{25[25]} Sono però espressamente escluse dall'applicazione delle disposizioni di cui al citato art. 114, comma 5-bis, le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie.

Il che non vuol dire però che la legge abbia (implicitamente) consentito l'affidamento diretto ad un'azienda speciale di un servizio pubblico locale di rilevanza economica. Nel silenzio della legge, trattandosi di ente pubblico economico strumentale dell'ente locale con autonomia imprenditoriale^{26[26]}, il relativo affidamento, qualora rientri nei limiti e nelle condizioni dell'in house (controllo analogo e prevalenza dell'attività), sarà tendenzialmente ammissibile. Il diritto europeo, infatti, non sembra imporre l'affidamento in house solo a favore di un soggetto societario.

13. Conclusioni.

In uno scritto in materia di circa sei mesi fa^{27[27]}, di pochi giorni precedente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, così si concludeva: "...una sola certezza rimane; ed è quella del prossimo intervento legislativo in materia di servizi pubblici locali".

Non si immaginava certo l'azzeramento della normativa da parte della Corte Costituzionale. Tuttavia la certezza ipotizzata si è avverata già tre mesi dopo (con il d.l. n. 179/2012).

Dalle ceneri create dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 i servizi pubblici locali sono risorti, quasi come un nuovo effetto "Lazzaro"^{28[28]}. Ma non si tratta di vera resurrezione; il nuovo soggetto è trasfigurato rispetto al precedente.

La "nuova normativa"^{29[29]} è del tutto semplificata, più leggera e *de minimis*. Le modalità di gestione non sono più disciplinate, rimettendosi all'applicazione della normativa europea, e gli adempimenti a carico dei soggetti affidanti sono ridotti a poche e circoscritte incombenze.

Certo è finita la spinta alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, che aveva costituito la filosofia di base dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011. E non ci sono più le regole sulle incompatibilità - le quali nascevano dalla più che legittima e sempre attuale esigenza di tenere separata, nella materia, le funzioni di affidamento, di regolazione e di controllo del servizio da quelle di gestione ed erogazione - e quelle sulle procedure ad evidenza pubblica.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e la conseguente preoccupazione di riprodurre normativa contenuta nell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011, o contigua alla stessa, hanno frenato il legislatore. Il che è oggettivamente apprezzabile se può servire a ridurre il "dinamismo

^{26[26]} Secondo l'art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000 "L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale".

^{27[27]} C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012.

^{28[28]} Il riferimento è a Lazzaro di Betania che secondo i vangeli venne resuscitato da Gesù a distanza di quattro giorni dalla sepoltura.

^{29[29]} L'aggettivo è in senso relativo.

normativo” - che ha caratterizzato la materia negli ultimi anni - a favore di esigenze di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive.

Se ciò sia sufficiente a realizzare le varie esigenze di efficienza, economicità ed efficacia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica oltre che di tutela della concorrenza, nell’interesse sia degli utenti che degli operatori, lo potrà dire solo l’applicazione pratica. L’impressione, tuttavia, è che, nel settore, la strada per avvicinare l’Italia ai migliori standard europei sia ancora lunga e irta di ostacoli. Con la conseguenza che - e non solo a livello legislativo - ci sia ancora molto da fare (e da disfare).
