

IL LUNGO E ININTERROTTO PERCORSO DI ASSESTAMENTO DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

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

DI CARMINE VOLPE

PRESIDENTE DI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Servizi pubblici e appalti pubblici di servizi. 3. Nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica. 4. La nozione europea dei servizi di interesse economico generale. 5. L'attuazione dei principi europei. 6. L'iniziale evoluzione normativa. 7. Dalla normativa di cui al d.lgs. n. 267/2000 al regolamento approvato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 attraverso l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133. 8. Il referendum del 12 e 13 giugno 2011, l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. 9. La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012. 10. La mini riforma di cui all'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012. 11. Ruolo dei Comuni e regole in tema di affidamento. 12. Le modalità di affidamento del servizio: la gara. 13. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: la società mista. 14. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: l'in house. 15. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: azienda speciale, istituzione e gestione in economia. 16. A favore sia del superamento della frammentazione che del ricorso alla gara. 17. La regolazione. 18. Conclusioni.

1. Introduzione.

La materia dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento a quelli di rilevanza economica, è stata, soprattutto nell'ultimo decennio, oggetto di un'intensa attività normativa che ha prodotto una confusa e contraddittoria stratificazione regolatoria.

L'intensa attività normativa è stata poi accompagnata da una notevole attività giurisprudenziale (pure da parte della Corte Costituzionale) che, influenzata dai principi e dalle norme europee, ha avuto rilevante importanza nella materia. Alla fine, dopo un referendum popolare, l'intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza 19 luglio 2012, n. 199, ha azzerato e nello stesso tempo semplificato la disciplina.

La materia dei servizi pubblici locali è di carattere multiforme, interseca quasi tutto il diritto amministrativo e perviene anche nel diritto civile. Si passa da problematiche connesse alle fonti del

diritto, con i rapporti tra diritto interno e diritto europeo, alle questioni di ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni, per poi arrivare al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo [la materia, seppure con alcune delimitazioni, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; si rimanda all'art. 133, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104], nonché ai poteri e all'organizzazione pubblica. E' poi connotata di diritto civile e societario; si pensi solo all'attività d'impresa e alle problematiche in tema di società miste, con riguardo alla loro vita a partire dalla costituzione.

2. Servizi pubblici e appalti pubblici di servizi.

La materia dei servizi pubblici si differenzia da quella degli appalti pubblici.

Si tratta di attività di tipo prestazionale svolta dalla pubblica amministrazione o da soggetto privato, ma legato da un rapporto quanto meno convenzionale con la stessa, a favore di soggetti terzi appartenenti alla collettività che ne beneficiano in qualità di utenti. A differenza degli appalti pubblici, l'attività non è svolta (dagli appaltatori) a favore della pubblica amministrazione o di soggetti alla stessa equiparati i quali pagano il corrispettivo dell'attività stessa, ma a favore degli utenti, che sono quelli che beneficiano della prestazione, ovvero dell'erogazione dell'utilità, e che pagano una tariffa, la quale costituisce la remunerazione (per il soggetto erogatore) del servizio reso.

La differenza si ripercuote sulla disciplina: la materia dei servizi pubblici non è disciplinata dalle direttive appalti nn. 2004/17/CEE e 2004/18/CEE e dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Infatti, ad esclusione della parte IV (sul contenzioso, artt. da 239 a 246) e dell'art. 143, comma 7, in quanto compatibile, le disposizioni del detto codice non si applicano alle concessioni di servizi (art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006).

Tuttavia, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, *“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”* (nello stesso senso dispone l'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 con riguardo ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del detto codice).

Il che vuol dire semplicemente questo: come la materia degli appalti pubblici, anche quella dei servizi pubblici è soggetta all'applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione

europea (TFUE), direttamente operanti negli ordinamenti degli Stati membri. Ma, mentre per gli appalti pubblici i detti principi trovano disciplina dettagliata nelle procedure di cui alle direttive appalti (nn. 2004/17/CEE e 2004/18/CEE) così come recepite dal codice dei contratti pubblici, per i servizi pubblici le procedure non sono dettagliate e formalizzate ma si devono conformare ai principi stessi, che, dovendo essere rispettati, ne costituiscono parametro di legittimità.

Si impone, quindi, una ricognizione dei principi sottesi a singole disposizioni del codice dei contratti pubblici. La problematica è stata affrontata recentemente da Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, il quale ha affermato che, *“In sede di affidamento di una concessione di servizi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sono applicabili le disposizioni di cui all’art. 84, comma 4 (relativo alle incompatibilità dei componenti della commissione giudicatrice) e 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione) del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, richiamati dall’art. 30, comma 3, del medesimo d.lgs.”*. Mentre, in sede di gara per l’affidamento di una concessione, nel caso in cui il bando non contenga alcun richiamo all’art. 49 del codice dei contratti pubblici, è stato ritenuto che non sia possibile applicare l’istituto dell’avvalimento, atteso che esso non è riconducibile ad alcuno dei principi applicabili alle concessioni di servizi ai sensi del disposto dell’art. 30, comma 3, del medesimo codice (Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385).

Gli appalti pubblici di servizi, intesi quali servizi strumentali, si distinguono dai servizi pubblici, in quanto consistenti in un *“facere rivolto direttamente nei confronti dell’ente pubblico affidante”* (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936). La distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell’appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell’amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti (Cons. Stato, ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

La differenza è di fondamentale importanza, oltre che ai fini dell’applicazione o meno del codice dei contratti pubblici, soprattutto per l’applicazione di disciplina specifica.

Vi è una tendenza legislativa a porre limitazioni in capo agli enti locali nel ricorrere a società strumentali eccettuando quelle che svolgono attività nel campo dei servizi pubblici.

Di rilievo, al riguardo:

a) l’art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (cosiddetta legge Bersani), dal titolo *“Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza”*, si applica solo alle società strumentali, con espressa esclusione dei servizi pubblici locali;

b) l’art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244, prevede che *“le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire*

società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società"; ma ammette *“la costituzione di società che producono servizi di interesse generale”* e *“l’assunzione di partecipazioni in tali società”* da parte delle medesime amministrazioni;

c) l’art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 - che pone limitazioni alla costituzione e detenzione di partecipazioni in società, legandole all’estensione demografica degli enti locali (meno di 30.000 abitanti) e obbligando i comuni alla dismissione delle proprie partecipazioni in società a meno che non si verifichino determinate condizioni, specificamente indicate - non si applica alle società che producono servizi di interesse generale (viene disposto, infatti, espressamente, *“Fermo quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244”*);

d) l’art. 4, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 - in tema di riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche - che prevede per le società controllate direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell’intero fatturato, alternativamente, lo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013 o l’alienazione delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto entro il 31 dicembre 2013 e la contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° luglio 2014, non si applica *“alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica”* (la Corte Costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-sexies ed 8 del citato art. 4 nella parte in cui si applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria).

Trattandosi di attività di tipo prestazionale e non di esercizio di funzioni, non si applica alla materia dei servizi pubblici locali l’art. 9, comma 6, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, secondo cui *“E’ fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell’articolo 118, della Costituzione”*.

Come detto, nei servizi pubblici locali si crea un rapporto trilaterale tra soggetto pubblico affidante, soggetto affidatario e utenti del servizio; il rapporto tra il soggetto pubblico affidante e il soggetto affidatario è regolato dal contratto di servizio mentre quello tra l’affidatario e gli utenti è regolato da un contratto (generalmente per adesione, al quale si applicano gli artt. 1341 e 1342 c.c.).

Ognuno dei protagonisti del settore è portatore di interessi diversi.

Il soggetto pubblico affidante deve perseguire e realizzare l'interesse pubblico che, nella specie, si identifica con la soddisfazione dei bisogni degli utenti, nonché nell'efficacia ed efficienza dei servizi.

Il soggetto affidatario è normalmente un soggetto imprenditore del settore che tende, innanzitutto, alla realizzazione e massimizzazione del profitto.

Gli utenti sono interessati all'economicità del servizio ossia a pagare una tariffa che non sia onerosa e che sia comunque proporzionata al servizio, e allo stesso tempo a usufruire di servizi efficienti ed efficaci.

Ma i diversi interessi si unificano su di una base comune: realizzazione di un sistema che garantisca risparmio nei costi e migliore efficienza nella gestione e nell'erogazione. Il che vuol dire servizi efficienti, efficaci ed economici.

3. Nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica.

La nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica non è direttamente esplicitata nel nostro ordinamento. Il servizio pubblico locale di rilevanza economica interseca parzialmente il servizio pubblico locale "a domanda individuale" e, come detto, va distinto dal servizio strumentale direttamente "servente" l'amministrazione.

I servizi a domanda individuale sono servizi comunque pubblici (ossia direttamente rivolti alla collettività amministrata) ma comprendono anche servizi privi di rilevanza economica. Il d.m. dell'interno 31 dicembre 1983 reca una ricognizione di ciò che viene considerato servizio pubblico locale, di rilevanza economica e non.

La rilevanza economica va intesa come possibilità (valutabile anche in concreto e non solo in astratto) che dalla gestione del servizio si ricavi un profitto e come contendibilità sul mercato del servizio. La giurisprudenza adotta un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali l'effettiva struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio (Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488).

La distinzione assume rilievo sul piano:

a) della competenza legislativa (lo Stato non ha competenza legislativa in tema di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica);

b) dei modelli organizzativi ammissibili (è indubbio che per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica è ammesso il ricorso alla gestione in economia, nonché all'azienda speciale e all'istituzione);

c) della relazione tra mercato e principi di socialità.

Tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica di rilievo, quali settori specifici:

a) il servizio idrico;

b) il trasporto pubblico locale;

c) la gestione dei rifiuti;

d) la distribuzione del gas naturale (che ha costituito sin dall'inizio un settore speciale con una sua specifica disciplina).

A questi si aggiungono i cosiddetti servizi pubblici locali innominati, tra cui i servizi cimiteriali, la gestione del verde pubblico e quella di un porto turistico (con riguardo a quest'ultima, espressamente, Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488).

4. La nozione europea dei servizi di interesse economico generale.

In ambito europeo non viene utilizzata l'espressione "servizio pubblico locale di rilevanza economica", ma solo quella di "servizio di interesse economico generale" (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del TFUE. Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno "contenuto omologo".

Il che è stato espressamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

Le regole sulla concorrenza non trovano applicazione per i servizi che non abbiano rilevanza economica.

5. L'attuazione dei principi europei.

Nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica trovano attuazione, in quanto direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, i principi comunitari di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Su di tutti il principio di concorrenza. Il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce un mercato, che deve essere aperto a tutti gli operatori dello stesso. Non sono ammessi eventuali restrizioni oppure ostacoli all'entrata nel mercato. Così che il principio di concorrenza, ed

i suoi corollari, impongono l'attuazione dell'evidenza pubblica, ossia della previa effettuazione di procedure competitive al fine di scegliere il soggetto migliore al quale affidare la gestione del servizio.

Con riguardo al principio di concorrenza si suole distinguere la concorrenza nel mercato da quella per il mercato.

Nel primo caso il mercato è liberalizzato ossia aperto a tutti gli operatori, che vi possono entrare liberamente previa autorizzazione oppure, secondo le tendenze dell'ordinamento, previa dichiarazione di inizio attività (DIA) e poi segnalazione certificata di inizio attività (SCIA).

Nella concorrenza per il mercato invece la concorrenza si verifica a monte; ossia il soggetto al quale affidare la gestione del servizio pubblico viene scelto previa gara, ma una volta che la gara si è conclusa, con l'individuazione del soggetto affidatario, quest'ultimo svolgerà il servizio in situazione di monopolio, ossia con titolarità di un diritto di esclusiva. Il che si è verificato sin dall'inizio nel servizio di distribuzione del gas, ossia nella realizzazione delle reti, che costituisce servizio pubblico locale; laddove la concorrenza si verifica a monte con la procedura di evidenza pubblica e, una volta disposto l'affidamento, l'affidatario gestisce il servizio in situazione di monopolio, ossia escludendo tutti gli altri (per questo si dice che il servizio del gas costituisce un monopolio naturale; si rimanda al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, cosiddetto decreto Letta).

Nel settore del gas ciò riguarda la realizzazione delle reti di distribuzione, mentre è stata liberalizzata la fornitura del gas alle singole utenze (ossia ai singoli appartamenti) che si svolge in un mercato completamente liberalizzato, previa autorizzazione oppure addirittura senza alcun previo atto ma solo con sottoposizione a controllo e vigilanza da parte dell'amministrazione.

Attualmente, i principi tratti dall'ordinamento dell'Unione europea costituiscono il punto di riferimento fondamentale nel settore e attuazione di questi principi si trova anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia UE.

6. L'iniziale evoluzione normativa.

Per i servizi pubblici locali si parte dalla l. 29 marzo 1903, n. 103 (cosiddetta Giolitti), istitutiva delle aziende municipalizzate. Tale legge pone la base normativa per la nozione soggettiva del servizio pubblico, proprio con riferimento a quelli locali. Il fenomeno della municipalizzazione era funzionale a garantire l'intervento dello Stato, che allora cominciava ad aprirsi alle istanze di classi sociali fino a quel momento escluse dal potere. In tal modo lo Stato moderno sarebbe dovuto intervenire nella sfera privatistica all'epoca ritenuta inadeguata a fornire servizi che raggiungessero standard soddisfacenti.

La legge del 1903 venne modificata con il r.d. 4 febbraio 1923, n. 253, che esitò nel t.u. 15 ottobre 1925, n. 2578 e conteneva un'elencazione dei servizi pubblici riuniti in ben 19 categorie, la cui elencazione fu ritenuta comunque meramente esemplificativa (e non tassativa).

In questo quadro il servizio pubblico era attività esercitata direttamente dal soggetto pubblico, in virtù di uno specifico atto di assunzione secondo modalità indicate dalla legge; servizio gestito essenzialmente nelle forme dirette dell'azienda speciale e della gestione in economia o attraverso la forma della concessione. Per alcuni specifici servizi (trasporti urbani, trasporti funebri) veniva, poi, riconosciuto uno specifico diritto di privativa, intesa come la specifica possibilità per il Comune di escludere le imprese private dalla gestione di tali servizi (nel senso che la gestione dei servizi da parte dei privati sarebbe potuta avvenire soltanto previa concessione dell'amministrazione interessata).

Solo più tardi cominciò ad affermarsi una nozione di servizio pubblico in senso oggettivo. L'attività è servizio pubblico, non solo e non tanto perché svolto da soggetto pubblico, ma in virtù di sue caratteristiche immanenti e della particolare disciplina relativa alle modalità di gestione e di fruizione riassunta nelle seguenti caratteristiche: destinazione al soddisfacimento di bisogni collettivi, secondo principi di continuità, universalità e accessibilità.

Il diritto europeo, con l'affermazione del primato delle regole di concorrenza anche in questi settori, ha definitivamente confermato sul piano dei valori normativi questa seconda e più moderna opzione.

Dal lato della legislazione interna si è verificata una costante oscillazione, specie nell'ultimo periodo, tra apertura all'iniziativa privata e affidamenti in esclusiva a soggetti pubblici. In ogni caso, la legislazione nazionale pone in capo agli enti locali comunque la responsabilità della gestione dei servizi pubblici e, sul piano definitorio, fa uso di espressioni generali a volte non adeguatamente connotative di cosa sia servizio. Si veda, in questo senso, l'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, recepito dall'articolo 112 del d.lgs. 8 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), secondo cui *“gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali”*.

7. Dalla normativa di cui al d.lgs. n. 267/2000 al regolamento approvato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 attraverso l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

Il d.lgs. n. 267/2000, che a sua volta aveva ripreso vari articoli della l. n. 142/1990, conteneva nella parte prima il titolo V dal titolo “*Servizi e interventi pubblici locali*”. Si trattava degli artt. da 112 a 123.

Le norme hanno subito svariate modifiche e anche abrogazioni per effetto della l. 28 dicembre 2001, n. 448, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, della l. 15 dicembre 2004, n.308, del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e poi, da ultimo, dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e del d.P.R. n. 168/2010.

La filosofia alla base delle norme di cui al d.lgs. n. 267/2000 era:

a) la fissazione di una diversa disciplina per i servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica (rispettivamente artt. 113, nel rispetto della tutela della concorrenza, e 113-bis);

b) con riguardo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica:

b.a) l’esclusione dei settori dell’energia elettrica, del gas e del trasporto pubblico locale, per i quali rimangono ferme le discipline di settore;

b.b) l’equiordinazione tra le tre modalità di affidamento della gestione dei servizi: evidenza pubblica, in house, società mista a condizione che il socio privato venga scelto previa gara;

b.c) la previsione, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, delle modalità di gestione dell’affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali, società in house e in economia.

L’art. 113-bis è stato poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 272/2004 a causa della mancanza di competenza legislativa dello Stato nella materia dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

L’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 - poi modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 e dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (art. 15), convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 – assume una diversa filosofia, basata soprattutto sulle privatizzazioni, ossia sulla diminuzione della presenza del pubblico nell’ambito della gestione dei servizi. Al pubblico deve spettare principalmente l’attività di vigilanza, controllo e regolazione sulla gestione, mentre ai privati compete la gestione e l’attività di erogazione.

Sempre nella dichiarata attuazione dei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, si prevedono:

a) l’applicazione delle relative disposizioni a tutti i servizi pubblici locali e la loro prevalenza sulle relative discipline di settore con esse incompatibili;

b) l'esclusione dei settori del gas, dell'energia elettrica, delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale, per i quali rimangono ferme le discipline di settore;

c) l'ordinario conferimento della gestione dei servizi attraverso la gara, o la costituzione di una società mista previa gara a doppio oggetto a condizione che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%;

d) che l'affidamento in house assume carattere eccezionale e derogatorio, in presenza non solo delle condizioni riconosciute a livello europeo in tema di ammissibilità dell'in house ma anche di altre condizioni specificamente indicate, e previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

e) la disciplina di un regime transitorio degli affidamenti non conformi alle nuove regole;

f) alcuni divieti a fini di tutela della concorrenza;

g) l'emanazione di un regolamento di attuazione.

La disciplina del citato art. 23-bis veniva ulteriormente dettagliata dal regolamento di cui al d.P.R. n. 168/2010, il quale prevedeva:

a) misure in tema di liberalizzazione;

b) norme applicabili in via generale per l'affidamento con riguardo a tutte le procedure competitive ad evidenza pubblica e, specificatamente, alle procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (ossia la cosiddetta gara a doppio oggetto);

c) regole sul parere che doveva essere reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di affidamento in house;

d) la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione, prescrivendo incompatibilità e divieti, anche ai fini della composizione della commissione di gara;

e) regole per la cessione dei beni in caso di subentro alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in ipotesi di sua cessazione anticipata;

f) l'abrogazione di diverse disposizioni ormai divenute incompatibili con la nuova disciplina.

L'impalcatura della nuova disciplina di cui al citato art. 23-bis è stata avallata dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325.

8. Il referendum del 12 e 13 giugno 2011, l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

Il citato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 è stato abrogato dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, a decorrere dal 21 luglio 2011, a seguito dell'esito del referendum svoltosi il 12 e 13

giugno 2011. L'abrogazione della norma ha comportato anche, per caducazione, l'abrogazione del regolamento di cui al d.P.R. n. 168/2010 emanato sulla base della norma medesima e per la sua esecuzione.

Il primo dei quesiti presentati, che prevedeva l'abrogazione del citato art. 23-bis e successive modificazioni, era stato ritenuto ammissibile dalla Corte Costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n. 24, nonostante che la norma riguardasse tutti gli altri servizi pubblici locali diversi dall'idrico (trasporto e rifiuti su tutti).

La Corte aveva osservato che *“dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario”*.

Il 13 agosto 2011 viene emanato il d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 che, all'art. 4, riprende alcune delle norme di cui al citato art. 23-bis e molte delle disposizioni contenute nel regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 168/2010.

La filosofia però cambia; dalle privatizzazioni si passa alle liberalizzazioni. Vanno liberalizzate, sulla base di un procedimento predefinito, da parte degli enti locali, tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitata, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

E' altresì escluso dalla nuova disciplina, fatte salve le disposizioni in tema di incompatibilità, il servizio idrico integrato, nel chiaro intento di rispettare l'esito referendario.

L'art. 4 del d.l. n. 138/2011 subisce successive modifiche ed aggiustamenti (da parte della l. 12 novembre 2011, n. 183, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

La disciplina che ne consegue in tema di modalità di gestione prevede l'affidamento:

a) previa gara;

b) a società mista previa gara cosiddetta a doppio oggetto, sempreché al socio privato sia conferita una partecipazione non inferiore al 40% e vengano attribuiti gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio;

c) in house solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di €200.000 annui.

9. La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, ha dichiarato incostituzionale il citato art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Di seguito le due principali statuizioni della Corte:

a) *“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. Deve, pertanto, essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, per violazione dell'art. 75 Cost. Dall'accoglimento di tale censura consegue l'assorbimento degli altri profili di violazione della Costituzione dedotti dalle Regioni ricorrenti nei confronti della medesima norma o di sue singole disposizioni”;*

b) *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 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”;*

c) *“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”.*

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 sancisce l'intangibilità del risultato referendario ed è figlia della sentenza della medesima Corte n. 24/2011 che aveva ammesso il referendum sul citato art. 23-bis, ma in parte contrasta con la precedente sentenza della Corte stessa n. 325/2010 che aveva avallato la conformità costituzionale dell'art. 23-bis.

Si ferma il dinamismo normativo nella materia e si ritorna alla situazione immediatamente successiva al referendum del giugno 2011. Infatti, secondo Corte Cost. n. 24/2011, *“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".

Il riferimento generale risulta costituito dalla disciplina europea (direttamente applicabile) - principi generali dell'ordinamento europeo e quelli affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia - e dalle norme di settore (statali e regionali) in vigore.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 comporta anche l'automatica decadenza delle procedure finalizzate ad attuare l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 mediante disposizioni di rango secondario, come lo schema di regolamento previsto dal comma 33-ter, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché per l'adozione della relativa delibera quadro da parte degli enti locali. Il regime transitorio non c'è più, così come la conseguente scadenza degli affidamenti *contra legem* e vengono meno tutte le disposizioni sulle incompatibilità.

10. La mini riforma di cui all'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012.

Nel vuoto normativo venutosi a creare era sentita l'esigenza di una normativa in materia. L'esigenza ha trovato soddisfazione, anche se in maniera minimale, con l'emanazione dell'art. 34 del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, il quale in otto commi (dal 20 al 27) contiene nuove disposizioni in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In sintesi, si dispone:

a) che l'affidamento del servizio venga effettuato sulla base di un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che deve dare 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) (comma 20);

b) la normativa transitoria, nel senso che gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20 e che, 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, prescrivendo, comunque, che il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013 (comma 21);

c) che 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'art. 2359 c.c., 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 (comma 22);

d) l'inserimento, 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 comma 1-bis, con cui si prevede che 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 citato art. 3-bis (comma 23);

e) l'esclusione dall'applicazione delle nuove disposizioni di cui ai commi 20, 21 e 22 per il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica e la gestione delle farmacie comunali (comma 25);

f) in tema di procedure di affidamento in concessione del servizio di illuminazione votiva, prevedendo l'esclusione delle illuminazioni votive dall'elencazione delle categorie dei servizi pubblici a domanda individuale di cui all'articolo unico del d.m. dell'interno 31 dicembre 1983 e l'applicazione, per l'affidamento del servizio di illuminazione votiva, delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 163/2006, e in particolare dell'art. 30 e, qualora ne ricorrano le condizioni, dell'art. 125 (comma 26);

g) una modifica all'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012, con la quale, sopprimendo 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*", si specifica che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto in house può avvenire senza alcun limite di importo purché in presenza delle solite condizioni (ossia a favore di società a capitale interamente pubblico e nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house) (comma 27).

11. Ruolo dei Comuni e regole in tema di affidamento.

L'“organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale”, nonché “l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi” (a decorrere dal 31 dicembre 2013 per effetto dell'art. 1, comma 1, del d.l. 14 gennaio 2013, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° febbraio 2013, n. 11) rientrano tra le funzioni fondamentali dei Comuni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. p), della Cost. [art. 14, comma 27, lett. b) ed f), del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, come modificato dall'art. 19 del d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 135/2012 e dall'art. 1, comma 305, della l. 24 dicembre 2012, n. 228].

La Corte costituzionale (con le sentenze nn. 325/2010, 24/2011 e 199/2012) ha precisato che l'introduzione, attraverso gli artt. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e 4 del d.l. n. 138/2011, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento europeo e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 della Cost., ma neppure si pone in contrasto con la normativa europea, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri.

In particolare la citata sentenza n. 24/2011 ha puntualizzato che, all'abrogazione della normativa statale (il riferimento era all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, ma analogo è il discorso per quanto concerne l'art. 4 del d.l. n. 138/2011), conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa europea relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Si applicano, innanzitutto, le regole del TFUE il quale in via generale si occupa del tema della concorrenza al Titolo VII (artt. 101 – 109) e della disciplina del mercato unico rispettivamente negli artt. 14, 26 e 27 (mercato interno), 28 e 29 (libera circolazione delle merci); 45 – 66 – Titolo IV (libera circolazione di persone, servizi e capitali); 114, 115 e 118 (riavvicinamento delle legislazioni).

L'art. 106 del TFUE sinteticamente autorizza la previsione di “obblighi di servizio pubblico”, difatti esso prevede che anche alle imprese pubbliche siano applicate le regole sulla concorrenza, purché esse non ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. La Corte di Giustizia ha precisato che l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi non costituisce di per sé una misura contraria al Trattato (presunzione di legittimità) (Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, in causa C-155/73, Sacchi).

L'art. 106 del TFUE deve essere letto in combinato disposto con il successivo art. 107 ai sensi del quale, salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, alzino o minaccino di falsare la concorrenza.

12. Le modalità di affidamento del servizio: la gara.

La Corte costituzionale, con la sentenza 20 marzo 2013, n. 46, nel riconoscere la legittimità costituzionale del comma 6 dell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, ha ribadito che le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attengono alla materia della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva statale, tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato e perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio.

Della non applicazione nella materia del d.lgs. n. 163/2006 si è già detto (si rimanda al paragrafo 2)

Ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012, la scelta delle modalità di affidamento del servizio viene rimessa agli enti locali che eserciteranno un potere discrezionale, ma nel 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.

Una volta scelto di procedere previa gara, che costituendo il sistema ordinario non si ritiene abbisogni di particolare motivazione, gli affidamenti devono avvenire nel rispetto dei principi del Trattato, tra cui quello di libera concorrenza, ed in particolare dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità, della trasparenza e della proporzionalità (artt. 5, 14, 43 e 49 del TFUE). Ossia occorre che sia data adeguata pubblicità alle regole di gara, consentendo a tutti gli operatori del settore di potersi partecipare in situazione di *par condicio*, e che le regole siano adeguate e proporzionate all'oggetto di gara.

13. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: la società mista.

E' consentito l'affidamento del servizio a una società mista costituita *ad hoc*, previa gara cosiddetta a doppio oggetto, ossia riguardante, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio; senza alcun limite minimo o di partecipazione in capo al socio.

La gara a doppio oggetto si colloca nell'ambito del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (PPPI), nozione con la quale la Commissione identifica la cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni. L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. A contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI.

La Commissione europea, già con la comunicazione interpretativa in data 5 febbraio 2008 "sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)", aveva ritenuto che, per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, si potesse utilizzare il metodo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto.

Il modello è stato ammesso dalla Corte di Giustizia UE, sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in adesione alla comunicazione interpretativa della Commissione europea. Va ricordato che la decisione della Corte di Giustizia è stata di pochi giorni anticipata dal legislatore italiano che, con il d.l. n. 135/2009 (del 25 settembre) aveva previsto per la prima volta il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto.

14. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: l'in house.

Quanto all'affidamento in house, va premesso che la concorrenza costituisce la regola e l'affidamento diretto è ammissibile quando il perseguimento degli obblighi di servizio pubblico lo rendono necessario.

Ai sensi dell'art. 106, comma 2, del TFUE "*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*".

Ma che si intende per specifica missione loro affidata?

Significa che il principio di concorrenza trova deroga nell'ipotesi in cui la sua attuazione impedisca la specifica missione attribuita ai soggetti gestori di servizi di interesse economico

generale; ossia la soddisfazione dello specifico bisogno pubblico sottostante il servizio. Quindi il diritto europeo ammette il ricorso all'in house quando la soddisfazione del bisogno pubblico non è realizzabile tramite la concorrenza.

L'affidamento diretto (cosiddetto in house) è istituito di matrice comunitaria. La Corte di Giustizia ha identificato le condizioni fondamentali per ricorrervi nel "controllo analogo" sulla società da parte degli enti soci e nella "destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente affidante", oltre che nella totalità della partecipazione pubblica.

La nozione di "controllo analogo" impone l'esercizio di un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Si tratta di <<un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo>> (Corte Cost. nn. 325/2010 e 46/2013). Nello stesso senso Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

Il dilemma attuale è se l'in house sia divenuto, o meno, modalità di affidamento del servizio sullo stesso piano del ricorso all'evidenza pubblica (con gara semplice o a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società mista) e meramente alternativo allo stesso. Ossia: in house del tutto libero oppure necessità di una motivata valutazione sulla convenienza economica e finanziaria rispetto alle alternative modalità di affidamento?

Malgrado la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, gli incentivi al ricorso all'evidenza pubblica, nonché i limiti e i divieti a cui sono sottoposte le società affidatarie in house, che si trovano affermati nell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni (si vedano i commi 3 e 4 per quanto ai primi e i commi 5 e 6 con riguardo ai secondi), inducono a ritenere che il ricorso all'affidamento in house non sia del tutto libero e che ai fini della sua legittimità occorre motivare sulla sua convenienza rispetto all'evidenza pubblica oppure sull'inutilità della gara ai fini della soddisfazione del bisogno pubblico relativo al servizio.

Tuttavia, secondo Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha comportato il venire meno del principio dell'eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Così che la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra modello in house e ricorso al mercato, si deve basare sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: valutazione comparativa di

tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; individuazione del modello più efficiente ed economico; adeguata istruttoria e motivazione. La scelta, essendo discrezionale, è sindacabile se priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.

15. Segue. Le modalità di affidamento del servizio: azienda speciale, istituzione e gestione in economia.

Resta in forse la possibilità di affidare in house servizi pubblici locali di rilevanza economica ad aziende speciali.

L'azienda speciale costituisce, ai sensi dell'art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000, ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica e di "autonomia imprenditoriale".

Attualmente il nuovo comma 5-bis dell'art. 114 - inserito dall'art. 25, comma 2, lett. a), del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012 e poi modificato dall'art. 4, comma 12, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125 - prevede l'applicazione alle aziende speciali del codice sui contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 e le sottopone agli stessi divieti e limiti a cui sono sottoposte le società in house dall'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 (commi 5 e 6).

Tuttavia, non si può negare che un affidamento in house a un'azienda speciale dovrebbe trovare l'avallo del diritto europeo.

Si dovrebbe escludere, invece, la possibilità sia di affidare servizi pubblici locali di rilevanza economica alle istituzioni, che non hanno personalità giuridica (costituendo, ai sensi dell'art. 114, comma 2, del d.lgs. n. 267/2000, un "organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale"), sia della loro gestione in economia.

16. A favore sia del superamento della frammentazione che del ricorso alla gara.

Nell'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 [inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, e successivamente modificato dall'art. 53, comma 1, lett. a), del d.l. n. 83/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134/2012, nonché dall'art. 34, comma 23, del d.l. n. 179/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221/2012] si prevedono misure di incentivazione e di penalizzazione volte a favorire sia il superamento della frammentazione sia il ricorso alla gara.

Innanzitutto viene disciplinata l'organizzazione territoriale per "ambiti o bacini territoriali ottimali" quantomeno di livello provinciale (fatte salve motivate esigenze di natura socio-territoriale) dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica rimettendone la perimetrazione

alle Regioni e prevedendo, peraltro, che sia il costituendo ente di governo ad esercitare le funzioni amministrative 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 (citato art. 3-bis, commi 1 e 2).

Da segnalare che, ai sensi dell'art. 2, comma 186-bis, della l. 23 dicembre 2009, n. 191, è stata disposta la soppressione delle Autorità d'ambito entro il 31 dicembre 2012.

L'affidamento tramite gara viene considerato elemento di valutazione della virtuosità degli enti locali nell'applicazione del patto di stabilità interno (citato art. 3-bis, comma 3); nella distribuzione dei finanziamenti pubblici viene data priorità agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali e ai gestori selezionati tramite procedure ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso (citato art. 3-bis, comma 4, a sottolineare il rispetto dell'autonomia territoriale nelle scelte di affidamento e a tutela della concorrenza intesa non come obiettivo ma come strumento per perseguire le finalità di interesse pubblico); le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno, nonché a vincoli e limitazioni alle assunzioni di personale e alle politiche retributive analoghi a quelli delle amministrazioni loro controllanti (citato art. 3-bis, commi 5 e 6).

Il comma 2 del citato art. 3-bis poi prevede che, "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"; è la cosiddetta clausola sociale, la cui legittimità viene solennemente "sdoganata" dalla legge.

In tal modo il citato art. 3-bis mentre contiene prescrizioni relative solo ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (commi 1, 1-bis e 4), invece, con riguardo a quanto disposto nei commi 2, 3, 5 e 6, contiene regole comuni per tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica

17. La regolazione.

L'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 - come modificato dall'art. 36, comma 1, lett. a), del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, e dall'art. 25-bis, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 - ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti e l'art. 21, comma 19, del medesimo decreto legge ha assegnato all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo in materia di servizio idrico.

In tal modo le dette Autorità, nella regolazione dei servizi pubblici locali, si aggiungono alla competenza generale in tema di concorrenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e dalla regolazione resta fuori soltanto la gestione dei rifiuti.

Gli enti locali, inoltre, sono soggetti al potere di impugnativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (aggiunto dal comma 1 dell'art. 35 del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011), sia con riguardo alle scelte relative agli affidatari che ai contenuti dei bandi.

Ai sensi del citato art. 21-bis, comma 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”*. Siffatto potere dell'Autorità si aggiunge a quello ordinario di impugnazione da parte dei soggetti lesi.

18. Conclusioni.

Le principali esigenze nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono quelle di rendere maggiormente efficienti ed efficaci i servizi nonché di dare maggiori certezze agli operatori e agli investitori.

Occorrerebbe, inoltre:

a) superare la frammentazione e tendere all'aggregazione della domanda e dell'offerta dei servizi secondo logiche imprenditoriali nella prospettiva di favorire la ripresa degli investimenti e l'innovazione;

b) perseguire obiettivi di liberalizzazione e di apertura dei mercati, in conformità ai principi europei e senza forzature aprioristiche sulla scelta del regime di affidamento, sulla natura (pubblica o privata) del soggetto gestore, da valutarsi in base a considerazioni di efficacia rispetto gli obiettivi perseguiti e alla razionalità economica in termini di costi;

c) assicurare un assetto istituzionale regolatorio a livello centrale e territoriale coerente e in grado di dare certezza agli operatori e agli investitori, nonché di tutelare gli interessi degli utenti.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 ha arrestato il percorso di liberalizzazione che era stato appena avviato nel settore dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Il che certamente non è un bene, considerato che la liberalizzazione è *“uno degli strumenti di promozione della concorrenza”* (Corte Cost., 23 luglio 2012, n. 200) e, *“intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico”*.

Divengono centrali la massimizzazione dell'efficienza del servizio - esigenza sentita soprattutto per i servizi pubblici locali a rete (art. 3-bis del d.l. n. 138/2011) e il criterio di economicità nell'organizzazione e gestione dei servizi. Il che rappresenta ulteriore conseguenza di quanto solennemente affermato dall'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza..., nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”* (comma 1). Criteri e principi che devono essere rispettati anche dai *“soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative..., con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni”* (comma 1-ter).

Ciò che si dovrebbe sempre perseguire e realizzare nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono le “3 e”: efficienza, efficacia ed economicità; ossia risparmio dei costi e migliore efficienza della gestione. Ma il panorama che ci fornisce la realtà di tutti i giorni è ben lontano da tutto questo.

Una sola certezza sembra per ora rimasta. Ed è quella che il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina, ossia il cosiddetto dinamismo normativo, si sia arrestato (è emblematico ricordare al riguardo che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha subito in meno di un anno, sino alla sentenza della Corte Cost. n. 199/2012, modifiche da parte di quattro successivi interventi legislativi). Il che va considerato con favore potendo portare alla stabilità della disciplina, la quale deve trovare sempre di più linfa e orientamento nella normativa europea, oltre che nella sua applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del giudice nazionale.

E già questo non è poco!