

La *never ending story* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011.

Prof. Erik FURNO

- 1. La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l'art.23 *bis* del decreto Ronchi-Fitto.**
- 2. Gli sviluppi successivi del quadro legislativo.**
- 3. L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n.325 del 17 novembre 2010.**
- 4. L'abrogazione referendaria dell'art.23 *bis* e del connesso Regolamento di attuazione del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.**
- 5. La "restaurazione" legislativa: il decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 16 settembre 2011, n.148.**
- 6. Profili critici di illegittimità costituzionale.**
- 7. Considerazioni finali.**

1. La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l'art.23 *bis* del decreto Ronchi-Fitto.

E' noto che l'art. 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133¹², e novellato dall'art.15 della

¹ Trattasi dell'art.23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n.112(Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione,la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), articolo inserito dall'art.1, comma 1, della legge di conversione 6 agosto 2008, n.133.

² Sulla riforma del 2008 S. COLOMBARI,*La disciplina dei servizi pubblici locali:carattere integrativo e non riformatore dell'art.23 bis del d.l. n.112/2008*, in www.giustamm.it ; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*,2008, 1109 ss.; A. LUCARELLI, *La riforma dei servizi pubblici locali: i modelli di gestione*,in *Quale Stato*,2009,n.1, 372; O. FORLENZA,*Affidamento in house limitato e motivato*, in *Guida dir.*,2008, n.37, 103-106; G. GUZZO, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*,in www.lexitalia.it ;

legge 20 novembre 2009, n.166(il c.d. decreto Ronchi-Fitto)³ ⁴, dopo aver superato sostanzialmente indenne lo scrutinio della Corte costituzionale⁵, è stato oggetto di abrogazione a seguito della consultazione referendaria del 12-13 giugno 2011⁶.

Il voto popolare ha, infatti, eliminato una norma, che sin dal suo apparire nella prima originaria formulazione aveva suscitato dubbi e perplessità in una materia, qual è quella dei servizi pubblici locali⁷ a rilevanza

A. PURCARO, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art. 23 bis*, in www.lexitalia.it; F. LILLI, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it.

³ Decreto legge 25 settembre 2009, n.135(Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), poi convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n.166, entrato in vigore il 26 settembre 2009 e, per le parti modificate, il 25 novembre 2009. In particolare, il comma 1 dell'art.15 di tale decreto modifica l'art.23 bis(Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del d.l. n.112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n.133 del 2008. Tale decreto è stato, poi, completato dal regolamento attuativo d.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

⁴ La materia della gestione dei servizi pubblici locali, già oggetto dell'art.113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali(d. lgs. 18 agosto 2000, n.267), era stata *funditus* ridisciplinata, dapprima ex art.35 della legge 28 dicembre 2001, n.448 (cd. Legge finanziaria per il 2002, su cui, *ex plurimis*, AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di A. TRAVI, in *Nuove leggi civ.*, 2003, 3 ss.), e, successivamente, ex art.14 del d.l. 30 novembre 2003, n.269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n.326, ritoccato dall'art.4 comma 234 della legge 24 dicembre 2003, n. 350. Su tale riforma M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*,2004,121 ss.; L.R. PERFETTI, *Società affidatarie di servizi pubblici locali, partecipazione a gare e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. CaS*, 2005,3343.

Occorre altresì ricordare che l'art. 23 bis, comma 11, del d.l. 25 giugno 2008, n.112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n.133, disponeva l'abrogazione dell'art.113 del Testo Unico degli enti locali nelle parti divenute incompatibili, mentre il successivo D.P.R. 7 settembre 2010, n.168, recante il regolamento di attuazione in materia di servizi pubblici locali a norma dello stesso art.23 bis, comma 10, precisava che <<A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni:a)art.113, commi 5, 5 bis,6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15 bis, 15 ter e 15 quater, del d.l. 18 agosto 2000, n.267, e successive modificazioni...>>.

⁵ Corte cost. 17 novembre 2010, n.325, in *Giur.cost.*,2010, n.6, 4501, con commenti di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, ivi, 4645, P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, ivi, 4654, S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. app.*,2011, 49, L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*,n.5 del 2011,484 ss., e G.FORTUNA, *L'in house providing tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in www.giustamm.it. La Consulta, a fronte di una miriade di profili di incostituzionalità sollevati da sette Regioni, si è limitata a dichiarare la incostituzionalità dell'art.23 bis, comma 10, lettera a), prima parte, laddove prevede che la potestà regolamentare dello Stato possa assoggettare i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. Secondo la Corte, infatti, trattasi, questa, di materia riconducibile alla finanza pubblica, con conseguente attrazione nella competenza concorrente delle Regioni.

⁶ D.P.R.18 luglio 2011, n.113, che, a seguito dell'esito referendario, ha abrogato l'art.23 bis del d.l. n.112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n.133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.325 del 2010, in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁷ Il passaggio dall'originario modello delle municipalizzazioni, delineato dalla legge 29 marzo 1903, n.103, di giolittiana memoria, e codificato dal testo unico del 15 ottobre 1925, n.2576, al meno remoto ordinamento delle autonomie locali, dettato dalla legge 8 giugno 1990, n.142, ha segnato l'espansione del potere degli enti locali di

economica⁸, già oggetto di accesi dibattiti dottrinari⁹ e polemiche discussioni (quanto meno) da oltre venti anni¹⁰ e, cioè, dall'entrata in

enucleare servizi pubblici, ampliandone anche le modalità di gestione secondo la precedente formulazione dell'art.22 della cit. legge n.142/1990(su cui v. *infra* la nota 11).

Sulla nozione di servizio pubblico locale, di cui peraltro manca una definizione normativa esaustiva, la letteratura è sterminata. Tra i tanti, senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; F. SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in AIPDA, *Annuario 2001*, Milano, 2002,87 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 149 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale*, Tomo III, Milano, 2003,2581 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. VI, Milano, 2006,5527 ss. ,nonché Id., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2007; V. LOPILATO, *I servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA- V. LOPILATO (a cura di), *Stidi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 737 ss.; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol.VI, Milano, 2006,5517 ss., nonché Id., *I servizi pubblici*, in *La nuova Costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2008,142 ss.; A. POLICE, *Sulla nozione di <<servizio pubblico locale>>* in AA.VV., *I servizi pubblici locali* (a cura di S. MANGIAMELI), Torino, 2008, 65; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

⁸A seguito della lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione al governo italiano in data 8 novembre 2000(SG(2002)D/108243), l'art.35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, nel modificare l'art.113 del Testo Unico degli enti locali, aveva imposto la gara per la scelta dei gestori dei servizi pubblici locali definiti "di rilevanza industriale". Cogliendo, poi, l'occasione della reiterazione della procedura d'infrazione in data 26 giugno 2002(C(2002)2329), il legislatore era nuovamente intervenuto con l'art.14 del d.l. 30 settembre 2003, n.269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n.326, che aveva distinto tra servizi "di rilevanza economica" e servizi "privi di rilevanza economica", disciplinati dal successivo art.113 bis, poi dichiarato incostituzionale da Corte cost. n.274 del 2004.

I primi, cioè i servizi "di rilevanza economica", venivano riassoggettati al regime della concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, ma affiancati anche dalla possibilità dell'affidamento diretto a società miste ed a società c.d. *in house*. Al riguardo, la Commissione europea, nel "Libro verde sui servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003(COM/2003/270), ha precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissarne a priori un elenco definitivo. V. altresì Cons. Stato n.5097 del 27 agosto 2009, secondo cui, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale, sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla P.A., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della redditività anche in via potenziale.

⁹Solo con riferimento alla recente modifica legislativa in materia di servizi pubblici locali, di cui all' art.15 del d.l. n.135 del 2009 v., *ex multis*, S. TARULLO, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art.23 bis del D.L. 112/08 come riformato dal D.L.135/09*, in www.giustamm.it; G CHINE, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Corr. merito*, 2009, 237 ss.; F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 307 ss.; G. FISCHIONE, *Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art.15 D.L. 135/09)*, *ivi*; B. GILBERTI, L.R. PERFETTI e I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L.135/2009*, in *Urb. app.*, 2010, 257 ss.; G. NICOLETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali: prime valutazioni sul decreto legge 25 settembre 09 n.135*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici nel decreto legge n.135 del settembre 2009: a che punto siamo?*, in www.astrid-online.it; R. BIANCHINI, *I divieti posti dal comma 9 dell'art.23 bis della legge 133/2009 dopo il D.L. n.135/2009*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali dopo l'art.15 del D.L. n.135/2009, Prime osservazioni*, in www.astrid-online.it; D. AGUS, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 464 ss.; R.URSI, *Il gioco del Monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 466 ss.; V. SATTA, *Potere regola mentare del governo e servizi pubblici a rilevanza economica nell'art.23 bis del d.l. n.112/2008. Problemi costituzionali*, in *Dir.econ.*, n.1 del 2010, 155 ss.; R. CIFARELLI, *Il servizio idrico integrato tra liberalizzazione ed "incerta" privatizzazione*, in www.amministrazioneincammino.it, e, se si vuole, E. FURNO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l'art.23 bis dopo la l.20 novembre 2009, n.166*, in *Rass.dir.pubbl.eur.*, n.1 del 2011, 229 ss.

¹⁰G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 237 ss., fa coincidere l'inizio della trasformazione del regime tradizionale dei servizi pubblici con l'inizio degli anni novanta. Va rilevato, però, che il dibattito sui servizi pubblici locali e sui relativi modelli di gestione ha origine sin dagli anni '70 e si incentra sulla possibilità di elaborare

vigore dell'art.22, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n.142, con le sue cinque tipizzate modalità di gestione dei servizi pubblici locali¹¹, poi trasfuse nell'originaria formulazione dell'art.113, comma 5, del Testo Unico degli enti locali.

L'abrogazione dell'art.23 *bis*, che testualmente prevedeva l'applicabilità delle sue disposizioni a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle discipline di settore con esso incompatibili¹², eccettuati i c.d. servizi esclusi¹³, pone non pochi problemi per quei servizi che certamente rientravano nel suo ambito di applicazione, quali, ad esempio, il servizio idrico integrato¹⁴, la gestione integrata dei rifiuti¹⁵ ed il servizio dei trasporti locali.

modelli di gestione in grado di trarre dal mercato condizioni di efficienza economica, da coniugare con le esigenze sociali della collettività.

¹¹ L'art.22, comma 3, della legge 8 agosto 1990, n.142, prevedeva cinque diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali. Trasfuso nell'art.113, comma 5, del Testo Unico degli enti locali n.267/2000, veniva originariamente previsto che gli enti locali provvedessero alla gestione dei servizi pubblici locali, intendendosi per tali quelli aventi ad <<oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali>>. Il T.U. prevedeva che i comuni e le provincie le seguenti modalità di gestione: a) quella *diretta in economia*, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno costituire una istituzione o un'azienda; b) la *concessione del servizio a terzi*, quando sussistevano ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale; c) l'*azienda speciale*, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) l'*istituzione*, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale ed, infine, e) la *società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente partecipazione pubblica locale*, costituita o partecipata dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora la partecipazione di più soggetti pubblici o privati fosse opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio. Successivamente tale normativa veniva, dapprima, modificata dall'art.35 della legge n.448 del 2001, che imponeva il conferimento del servizio a società di capitali individuate attraverso gare con procedure ad evidenza pubblica e distingueva tra proprietà delle reti ed erogazione del servizio, e, poi, dall'art.14 del d.l. n.269 del 2003, convertito nella legge n.326 del 2003, poi ritoccata dall'art.4, comma 234, della legge n.350 del 2003. Queste ultime novelle avevano reintrodotta la possibilità di scelta per gli enti locali tra società di capitali selezionate attraverso gare con procedure ad evidenza pubblica (lett.a), società miste con il socio privato selezionato mediante gare conformi alle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche (lett.b) e società a totale capitale pubblico, che svolgano la parte più importante della loro attività a favore degli enti pubblici soci e sulle quali questi ultimi esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (lett.c).

¹² Art. 23 *bis*, comma 1, ultima parte, d.l. n.112 del 2008 e succ. mod.

¹³ Art. 23 *bis*, comma 2, che fa salve le previgenti disposizioni in materia di distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali e trasporto ferroviario regionale.

¹⁴ La legge 5 gennaio 1994, n.36, (c.d. legge Galli), recante Disposizioni in materia di risorse idriche, individua la nozione di "servizio idrico integrato" come quel servizio "costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue". Al riguardo, l'art.150 del d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 (Norme in materia ambientale), come modificato dall'art.2, comma 13, del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n.4, dispone che l'affidamento del servizio di erogazione possa avvenire con le modalità previste dalle lettere a), b), e c), del comma 5 dell'art.113 del Testo Unico degli enti locali. V. anche Corte cost. n.25 del 26 gennaio 2011, che ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione di tale norma, siccome ritenuto <<inidoneo e non coerente (con conseguente difetto di chiarezza) rispetto al fine(...) di rendere inapplicabile al servizio idrico integrato la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei SPL a rilevanza economica>>.

2. Gli sviluppi successivi del quadro legislativo.

Prima di affrontare la disamina delle attuali problematiche in materia di servizi pubblici locali, occorre completarne il quadro legislativo, che si colloca nel più ampio disegno di riforma del settore, peraltro adottato sempre con le forme della decretazione di urgenza¹⁶, nel sempre più pressante tentativo del legislatore di coniugare la auspicata tutela della concorrenza con il contenimento della spesa pubblica¹⁷: il tutto ispirato dal principio di “preferenza per il mercato”, dal ridimensionamento del ricorso alle società pubbliche¹⁸ e dalla separazione dell’attività amministrativa degli enti pubblici dall’attività di impresa¹⁹.

In dottrina, J. BERCELLI, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Rimini, 2001.

¹⁵ L’art.183 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152, modificato dall’art.10 del decreto legislativo 3 dicembre 2010, n.205 (Disposizioni di attuazione della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti), qualifica come “gestione integrata dei rifiuti” il complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade(...), volte ad ottimizzare la raccolta dei rifiuti.

¹⁶ Sono sempre attuali le parole di R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, 179, secondo cui nel settore in esame «I continui e ripetuti interventi hanno generato una situazione di rivoluzione permanente in cui non si riesce a metabolizzare gli effetti di una riforma, che sopraggiunge una controriforma che riscrive la precedente, lasciando di fatto gli operatori a districarsi in un infinito diritto intertemporale».

¹⁷ M CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in Atti del convegno della Fondazione CESIFIN su «*La regolazione dei servizi di interesse economico generale*», svoltosi a Firenze il 6 novembre 2009, pubblicati con Giappichelli, Torino, 2010, 127 ss., specie 136, osserva essere questa la ragione, per cui alla riforma dei servizi pubblici si provvede contestualmente alla predisposizione di misure miranti alla riduzione della spesa pubblica.

¹⁸ V., ad esempio, l’art.13 del decreto legge 4 luglio 2006, n.223 (il c.d. decreto Bersani), convertito nella legge 4 agosto 2006, n.248, (Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza), poi modificato dall’art.49 della l. 23 luglio 2009, n.99, che limita il raggio di azione nel mercato delle società a capitale interamente pubblico o miste, che producono beni e servizi strumentali, all’attività degli enti pubblici controllanti, al fine di impedire effetti distorsivi della concorrenza. Tale norma, però, non trova applicazione per le società incaricate della gestione dei servizi pubblici locali (Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009, n.215, in *Urb. app.*, 2009, 741). Su tale disposizione v. anche Corte cost. 1 agosto 2008, n.326, che ha dichiarato infondata la relativa questione di legittimità costituzionale, e l’Adunanza Plenaria 4 agosto 2011, n.17, che ha esteso il divieto di partecipazione alle gare alle c.d. società di terzo grado. V. al riguardo l’art.113, comma 6, del d. lgs. 18 agosto 2000, n.267, e l’art.23 bis del d.lgs. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, e succ. mod. V. anche l’art.3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n.244 (Legge finanziaria per il 2007), che recita: “*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all’art.1, comma 2, del d.lgs.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 o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”. Completano il quadro di diritto positivo, poi, le leggi n.69/2009 e 102/2009, su cui v. E. LORIA, *Le società pubbliche dopo la legge n.69/2009*, in *Urb. app.*, 2009, 1164 ss. Sulla disciplina delle società pubbliche, fra i tanti, v. M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889 ss.; M.

In tale ottica si inserisce anche il decreto legge 31 maggio 2010, n.78(il c.d. decreto Tremonti), convertito nella legge 30 luglio 2010, n.122²⁰, con cui sono state emanate una serie di disposizioni relative alle società partecipate dagli enti locali, volte a perseguire una maggiore efficienza delle società pubbliche ed evidenziando lo sfavore verso gli affidamenti diretti.

In particolare, l'art.14, comma 32, di tale decreto fa divieto ai comuni inferiori ai 30 mila abitanti di costituire o detenere partecipazioni societarie(consentendo peraltro una sola partecipazione a quei comuni fra i 30 e i 50 mila abitanti) e li obbliga a dismettere le partecipazioni vietate entro il 31 dicembre 2012²¹, a meno che tali società non abbiano chiuso il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi e non abbiano subito, negli esercizi precedenti, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio o perdite che abbiano comportato ripiani da parte dei soci pubblici²².

Con il successivo D.P.R. 7 settembre 2010, n.168²³, sono state altresì previste, tra l'altro: a) l'opzione preferenziale per la gestione concorrenziale ad eccezione delle ipotesi in cui *“la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”*²⁴, b) la tendenziale omologazione alla P.A.

CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.; M. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1115 ss.

¹⁹ V. art.23 bis, comma 10, lett.a), del d.l. n.112/2008, convertito nella l. n.133/2008 e succ. mod.

²⁰ Decreto legge 31 maggio 2010, n.78, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010, n.122, recante “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”.

²¹ Termine anticipato al 31 dicembre 2012 dall'art.16, comma 13, del decreto legge 13 agosto 2011, n.138, su cui infra.

²² Tale diffidenza aveva indotto il legislatore ad equiparare il servizio idrico integrato, per quanto attiene ai modelli di gestione, agli altri servizi pubblici locali, nonostante che il disegno di legge Lanzillotta, presentato nella XV legislatura (A.S. 772-*Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali*), avesse riconosciuto le peculiarità di tale servizio.

²³ Il D.P.R. 7 settembre 2010, n.168, pubblicato sulla G.U. n.239 del 12 ottobre 2010, recante il nuovo Regolamento per l'attuazione della “liberalizzazione” dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, avviata dal d.l. n.112/2008, convertito nella l.133/2008 e succ. mod. Su tale normativa F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106.

²⁴ Art.2, comma 1, del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

degli affidatari *in house* dei servizi pubblici locali e delle società miste, con l'osservanza per i primi del patto di stabilità interna e l'obbligo per entrambi di osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e di servizi e per l'assunzione del personale²⁵, c) la netta distinzione tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione dei servizi pubblici locali, rimesse, se possibile, ad operatori specializzati, con rigide previsioni di incompatibilità²⁶, d) l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere²⁷, ed, infine, e) la disciplina, in ogni caso di subentro, della cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio²⁸.

Quindi, anche il regolamento di delegificazione, in attuazione dei principi ispiratori dell'art.23 *bis* del d.l. n.112 del 2008, convertito nella l. n.133 del 2008 e succ. mod.²⁹, opta nel senso del carattere eccezionale dell' *in house providing*, così confermando quel *trend* legislativo, inaugurato dall'art.23 *bis* e proseguito dall'art.15 della riforma, che rinviene nella messa in concorrenza del servizio lo strumento ordinario di affidamento.

In sintesi: il legislatore nazionale, al di là dell'enfasi adoperata nel primo comma dell'art.23 *bis*³⁰ e della dichiarata osservanza dell'ordinamento comunitario e della non sempre univoca giurisprudenza della Corte di

²⁵ Art. 5 del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

²⁶ V. l'art.8 del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168, volto a sancire, oltre a delle rigide incompatibilità, una più generale distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione: così F. GOISIS, *L' in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali* (a cura di R. VILLATA), cit.,245 ss., specie 280, che teme che il realizzarsi di tale distinzione possa inficiare in concreto il requisito del controllo analogo.

Sulla nozione di regolazione v., *ex multis*, S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 124 ss., nonché Id., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, 90-91; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia*, in *Dir.amm.*,2008, 153.

²⁷ Art.9 del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

²⁸ Art.10 del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

²⁹ Il governo era stato autorizzato ad emanare tale regolamento, ex art.17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n.400, in virtù della delega racchiusa nell'art.23 *bis*, comma 10, d.l. n.112/2008, convertito nella l. n.133/2008.

³⁰ Art.23 *bis*, comma 1, prima parte, d.l. n.112/2008, convertito nella l. n.133/2008 e succ. mod., ove si legge: "(...)in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione".

Giustizia europea³¹, privilegia l'opzione per il modello di concorrenza per il mercato ed il principio della gara per l'affidamento del servizio, privatizzando il mercato e riducendo il modello dell'*in house* a deroga del tutto eccezionale e residuale, peraltro di difficile attuazione³², in quanto relativa solo a quelle "situazioni eccezionali che, a causa di

³¹ La giurisprudenza comunitaria, in assenza di uno specifico quadro normativo, ha svolto opera di supplenza, definendo le modalità consentite per l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali *in house providing*, in deroga, cioè, alle gare con procedure ad evidenza pubblica. Trattasi, quindi, di un istituto di origine pretoria, introdotto dalla Corte di giustizia europea per consentire tale forma di gestione laddove manchi una sostanziale terzietà tra la P.A. e il soggetto affidatario, e, come tale, istituto soggetto ad una stratificazione del *case by case*, necessariamente ondivaga e frammentaria. A partire da Corte giust. 18 novembre 1999, causa C-107/1998, nota come eccezione *Teckal*, reperibile come le successive in www.eur-lex.europa.eu, la Corte del Lussemburgo ha fissato i requisiti minimi dell'*in house providing* nella partecipazione pubblica totalitaria, nel controllo analogo e nella prevalenza dell'attività dell'affidatario con l'ente (o gli enti) di controllo.

V. altresì Corte giust. 11 gennaio 2005, causa -26/2003 (*Stadt Halle*), ove si esclude la derogabilità dell'evidenza pubblica per la ricorrenza del fenomeno dell'*in house* quando nella società affidataria vi sia la partecipazione di un soggetto privato; 21 luglio 2005, causa C-231/2003 (*Coname*), che esclude la sussistenza del controllo analogo laddove l'ente affidante disponga nella società affidataria di una partecipazione di assoluta minoranza; 13 ottobre 2005, causa C-458/2003 (*Parking Brixen*), che esclude il controllo analogo in relazione ad una società interamente pubblica, il cui consiglio di amministrazione disponeva di un rilevante margine di autonomia, tale da sottrarsi ad ogni influenza determinante degli obiettivi strategici e delle decisioni importanti; 10 novembre 2005, causa C-29/2004 (*Mödling*), che esclude l'affidamento diretto *in house*, allorché lo statuto renda possibile la cessione di quote del capitale sociale a privati nel corso della gestione del servizio; 11 maggio 2006, causa C-340/2004 (*Carbotermo*), che giustifica la deroga alle regole europee dell'evidenza pubblica solo in presenza di controlli più penetranti rispetto a quelli previsti dal codice civile; 13 novembre 2008, causa C-324/2007 (*Coditel Brabant*), che rinviene il requisito del controllo analogo anche nell'ipotesi in cui il concessionario di pubblici servizi sia costituito da una cooperativa intercomunale, i cui soci siano i comuni concedenti, purché le decisioni siano assunte da organi statutari composti esclusivamente dai rappresentanti degli stessi comuni. V., però, nel senso di una maggiore flessibilità della nozione, Corte giust. 17 luglio 2008, causa C-371/2005 (*Commissione c/Repubblica italiana*), che ritiene sussistere il requisito del controllo analogo, anche se, al momento della stipula della convenzione, al capitale della società *in house* partecipavano due organismi di diritto privato, seppur costituenti imprese comunali, nonché Corte giust. 9 giugno 2009, causa C-480/2006 (*Commissione c/Repubblica federale di Germania*), che ha ammesso l'affidamento diretto di contratti relativi alla gestione dei rifiuti anche in caso di accordi non istituzionali, ma meramente contrattuali tra enti locali, e quindi in assenza di un rigoroso controllo analogo. Con tale decisione la Corte del Lussemburgo ha affermato che le autorità pubbliche possono adempiere i loro compiti senza essere obbligate a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi: e ciò anche in collaborazione con altre autorità pubbliche.

V., infine, Corte giust. 10 settembre 2009, causa C-573/2007 (*Sea s.r.l.*), con nota di C. VOLPE, *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell' in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, con ampi riferimenti, a cui sia consentito rinviare, e di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss..

Per una sintesi della giurisprudenza v. D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2007, 50 ss., ove evidenzia gli abusi dell' *in house* e, se si vuole, E. FURNO, *Modelli di gestione e soggetti strumentali dei comuni*, in *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte* (a cura di A. LUCARELLI e A. PIEROBON), Napoli, 2009, 114 ss.

³² V. Corte conti, sez. autonomie, deliberazione 30 giugno 2010, n.14/AUT/2010/FRG, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province*, 31, secondo cui «<posto che l'elemento distintivo della rilevanza economica del servizio pubblico è l'esistenza di un mercato concorrenziale di riferimento, appare non proprio semplice individuare in concreto quelle situazioni, senz'altro eccezionali, che 'a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato' e che, quindi, ai sensi del comma 3, in deroga alle modalità di affidamento ordinario, consentano l'affidamento di un servizio pubblico a rilevanza economica a favore di società che abbiano i requisiti richiesti dall'ordinamento per l'affidamento 'in house'>>».

*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*³³.

3. L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n.325 del 17 novembre 2010.

Occorre allora prendere spunto dalla recente sentenza n.325 del 2010 della Corte costituzionale³⁴, che, al di là della modesta portata dell'accoglimento, rappresenta, nell'evidente sforzo di sistematicità operato³⁵, il tentativo di porre ordine in una materia "sensibile" e strategica qual'è, indubitabilmente, quella dei servizi pubblici locali, per trarne elementi utili alle attuali problematiche ed a ipotizzare le eventuali prospettive future.

La Corte delle leggi, nel dichiarare la compatibilità dell'art.23 *bis* con la normativa comunitaria³⁶ e la sfera di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale nei limiti fissati dalla stessa, sostiene la sostanziale omogeneità tra la qualificazione comunitaria dei "servizi di interesse economico generale"(SIEG)³⁷ e quella, interna, dei "servizi pubblici di

³³ Art. 23 *bis*, comma 3, prima parte, d.l. n.112/2008, convertito nella l. n.133/2008 e succ. mod..Il successivo comma 4 della stessa disposizione pone ulteriori condizioni all'affidamento diretto *in house*, subordinandolo ad una previa "adeguata pubblicità", alla motivazione della scelta "in base ad un'analisi del mercato" e al parere obbligatorio, anche se non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il tutto, ovviamente, in aggiunta alle condizioni che, secondo la giurisprudenza comunitaria, già legittimavano tale forma di affidamento (capitale interamente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività in favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti).

³⁴ V. la sentenza della Corte cost., 17 novembre 2010, n.325, anche in *Foro it.*, 2011, n.5, 1332 ss.

³⁵ Punto 2, secondo capoverso, del *Considerato in diritto*: "tali questioni possono essere distinte nei sette seguenti nuclei tematici, per i primi quattro dei quali, in considerazione della loro incidenza sull'intero tessuto normativo censurato, è opportuna una trattazione generale preliminare".

³⁶ Punto 6, secondo capoverso, del *Considerato in diritto*: "le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art.117 Cost.>".

³⁷ Il riferimento è alla nozione di servizi di interesse economico generale, che ricorre nell'art.106 del Trattato sul funzionamento dell'UE (già art.86 TCE), nonché in numerosi altri atti delle istituzioni europee. V., ad esempio, il Libro Verde sui Servizi di interesse generale, COM (2003), 270 del 21 maggio 2003, il Libro Bianco sui servizi di interesse generale, COM (2004), 374, e la Comunicazione della Commissione sui "Servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo" COM (2007), 275. In dottrina G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino,

rilevanza economica”³⁸, senza riuscire a cogliere nella prima la distinzione tra la permeabilità dei servizi alle regole concorrenziali e quei fini sociali, destinati comunque a prevalere, in caso di necessità, mediante l’offerta di prestazioni in grado di soddisfare bisogni essenziali per la collettività.

In realtà, se si considera la funzionalizzazione dei servizi di interesse economico generale alla coesione economica e sociale del territorio³⁹, operata dall’art.14 TFUE⁴⁰, dall’art.36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁴¹, dall’art.106, comma 2, TFUE⁴² e dall’art.1 del Protocollo n.26, aggiunto dal Trattato di Lisbona, sui Servizi di interesse

2008; L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse generale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, IV, 1791 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza, servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir.un.eur.*, 2006, 453; E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. PUGLIESE*, a cura di E. FOLLIERI e L. IANNOTTA, Napoli, 2010.

In giurisprudenza, v. Corte giust. 10 gennaio 2006, causa C-222/2004 (*Ministero ec. e fin.c/ Casse di risparmio*); 16 marzo 2004, cause riunite C-264/2001, C-306/2001, C-354/2001 e C-355/2001 (*Aok Bundesverband*); 22 maggio 2003, causa C-18/2001 (*Korhonen Oy c/ Varkauden Taitotalo Oy*).

³⁸ Secondo la Corte costituzionale, entrambe le nozioni fanno riferimento ad un servizio che: “a) è reso mediante un’attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come <<qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato>>(…); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni” (punto 6.1 del *Cons.dir.*) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un certo tempo, almeno la copertura dei costi.

³⁹ Secondo D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2010, 233 ss., il SIEG presenta caratteristiche proprie sia del modello classico del “*service public à la française*”, ove vengono in risalto le esigenze sociali della collettività, sia del modello anglosassone della “*public utility regulation*”, ove, accanto alla preferenza per il mercato e la concorrenza, campeggia una concezione di Stato regolatore, piuttosto che gestore ed operatore diretto nei settori di interesse economico generale.

⁴⁰ L’art.14, prima parte, TFUE (già art.16 TCE, inserito dal Trattato di Amsterdam tra i principi del Trattato) prescrive che “... in considerazione dell’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni dell’Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”. Tale disposizione segnala il temperamento della spinta comunitaria verso un mercato realmente concorrenziale nel settore dei servizi pubblici di contenuto economico. V. , al riguardo, M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2003, 91 ss., nonché Id., *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 187.

⁴¹ L’art.36 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati (v. art.6 TFUE), recita: “Accesso ai servizi d’interesse economico generale- Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione, questa riconosce e rispetta l’accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati”.

⁴² L’art.106, comma 2, TFUE (già art.86 TCE) 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”.

generale⁴³, affinché tali servizi possano assolvere la “*specifica missione loro affidata*”⁴⁴, si ricava che i servizi di interesse economico generale possono sottrarsi alle regole della concorrenza in tutti quei casi in cui ciò risulti obiettivamente giustificato dalle esigenze di perseguire i valori comuni dell’Unione e di promuovere la coesione economico-sociale del relativo territorio⁴⁵.

Quindi, i servizi pubblici locali, anche se di natura economica, possono non essere del tutto sottoposti alle regole del mercato, riconoscendo l’ordinamento comunitario agli Stati membri, anche nell’ambito dei servizi di interesse economico generale, la facoltà di derogare ai principi della libera concorrenza⁴⁶.

Da un lato, allora, il nostro legislatore attraverso l’art.23 *bis* mette mano ai servizi pubblici di rilevanza economica al fine di renderli concorrenziali, negando in concreto gestioni non concorrenziali ed attuando una radicale svolta verso la privatizzazione, più che verso l’opportuna, se non necessaria, liberalizzazione⁴⁷, dall’altro, l’ordinamento comunitario

⁴³ Il Protocollo n.26 allegato al Trattato di Lisbona sui Servizi di interesse generale- SIG (comprendenti, cioè, tanto i “servizi di interesse economico generale”- SIEG, che quelli di “interesse generale non economico” -SNIEG), che racchiude “disposizioni interpretative”, prevede all’art.1 che tra i valori comuni dell’Unione con riguardo al settore dei SIEG, ai sensi dell’art.14 TFUE, sono compresi: “-il ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;-la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; -un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utente”.

⁴⁴ Art.106, comma 2, TFUE.

⁴⁵ D. SORACE, *I servizi “pubblici” economici nell’ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in Atti del convegno della Fondazione CESIFIN su <<La regolazione dei servizi di interesse economico generale>>, cit., 11 ss., osserva che le norme comunitarie non soltanto ammettono, ma sembrano esigere limitazioni alla concorrenza e deroghe alle altre norme comunitarie primarie, consentendo il riconoscimento alle imprese di “diritti speciali o esclusivi” o l’inapplicabilità dei divieti di “Aiuti di Stato”, “purchè si tratti di limitazioni, proporzionate, in mancanza delle quali non sarebbe possibile l’adempimento della missione del SIEG rilevante”(in part. 28).

⁴⁶ Così G. MARCOU, *Regolazione, servizi pubblici essenziali e diritti sociali nello spazio giuridico europeo*, in *Diritto pubblico europeo dell’economia* (a cura di A. LUCARELLI), Napoli, 2010, 27 ss., specie 52.

⁴⁷ F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull’art.23 bis*, in *www.giustamm.it*, o in *Id., Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 256, sottolinea come l’ordinamento comunitario non abbia mai assunto una posizione netta a favore del privato in luogo del pubblico. Secondo l’Autore, “ciò che sta a cuore all’ordinamento comunitario è la liberalizzazione e non la privatizzazione *tout court*; sicchè è ben ammesso che l’amministrazione territoriale dello Stato membro decida di gestire in proprio il servizio”. Anche P. POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*,

continua a ritenere i servizi di interesse economico generale dei servizi, per i quali “la concorrenza ed il mercato funzionano come regole cedevoli rispetto a preminenti obiettivi generali a dimensione sociale”.⁴⁸

Nella prospettiva normativa comunitaria, quindi, anche le regole concorrenziali sono destinate a cedere il passo rispetto a quelle ipotesi in cui il *deficit* del mercato o la prevalenza di fini solidaristici depongono a favore di una gestione diretta del servizio da parte dell’ente locale⁴⁹.

Secondo i giudici costituzionali, invece, poiché la normativa comunitaria <<consente, ma non impone>>⁵⁰ agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell’ente locale, può il legislatore nazionale adottare, rispetto ai principi minimi ed indefettibili stabiliti dall’ordinamento comunitario, una disciplina di affidamento dei pubblici servizi più restrittiva e pro concorrenziale, prevedendo regole di applicazione più rigorose rispetto a quelle richieste dal diritto comunitario, sì da rendere marginale ed eccezionale il ricorso al c.d. *housing providing*⁵¹.

Al legislatore italiano, quindi, “non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali (...) di applicazione più ampia rispetto a

in www.amministrazioneincammino.it, critica la riforma in quanto privilegia la concorrenza per il mercato in luogo della concorrenza nel mercato, che, invece, rappresenta la vera liberalizzazione.

⁴⁸ Così A. LUCARELLI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n.325 del 2010 della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, (a cura di F. FIMMANO'), Milano, 2011, 243 ss., in part. 247.V. altresì G. MARCOU, *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario*, in *Il Filangieri*, n.1 del 2004, 7 ss.

⁴⁹ Ancora A. LUCARELLI, *Riconfigurazione del concetto di <<rilevanza economica>>. Spunti di riflessione sulla natura <<economica>> del servizio idrico integrato in assenza della remunerazione del capitale investito*, in *Giur.cost.*, 2011, 317 ss., in part. 320.V. altresì la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, nota come direttiva “Bolkestein”, che all’ottavo *Considerando* recita: “E’ opportuno che le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d’interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione”.

⁵⁰ Punto 6.1 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁵¹ V. Corte cost. 20 novembre 2009, n.307, con nota di F. MERLONI, *Una “new entry” tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, e S. MUSOLINO, *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l’in house*, in *Urb. app.*, 2010, 409 ss. Tale decisione sembra preannunciare l’orientamento poi assunto dalla Corte costituzionale con la sentenza n.325/2010, laddove afferma che la disciplina dell’art.23 bis del decreto legge n.112 del 2008 e succ. mod. prevede la necessità della gara pubblica per l’affidamento del servizio pubblico locale a rilevanza economica, “limitando ulteriormente e sempre con il rispetto delle norme comunitarie il ricorso a forme di affidamento differenti”(punto 6.2 del *Cons. dir.*).

quella richiesta dal diritto comunitario “ in quanto “l’identità del <<verso>> delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità”⁵².

Il censurato art.23 *bis* viene così salvaguardato dalla Corte costituzionale, riconducendo la disciplina concernente le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali nell’ambito della tutela della concorrenza, materia, questa, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ex art.117, comma 2,lett.e), Cost.⁵³, ma , in quanto “trasversale”⁵⁴, idonea a penetrare in tutti i settori.

Se, da un lato,però, i giudici costituzionali riconoscono che la soluzione prescelta dal legislatore nazionale rappresenta, “tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia”⁵⁵ (scelta tra l’interesse all’apertura del mercato alla concorrenza,da attuarsi attraverso la liberalizzazione,la c.d. concorrenza nel mercato⁵⁶, e quello contrapposto alla gestione pubblicistica di un servizio locale di rilevanza economica, quando il ricorso al mercato non sia “efficace ed

⁵² Punto 6.1 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁵³ La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n.14 del 13 gennaio 2004, ha sempre sostenuto che la tutela della concorrenza “non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato”(v. anche Corte cost. n.272 e nn.320 e 345 del 2004, nn. 29 e 80 del 2006, nonché la n.45 del 2010).La Corte ha di recente rivendicato un più rigoroso scrutinio, per accertare se il legislatore statale, nell’esercizio del titolo di competenza di cui alla lett.e) del comma 2 dell’art.117 Cost., abbia rispettato o meno i principi di proporzionalità ed adeguatezza delle norme rispetto al fine perseguito (Corte cost. nn.14,272 e 345 del 2004; n.175 del 2005; nn. 401 e 452 del 2007; n.326 del 2008;n.148 del 2009). In dottrina, A. POLICE e W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato:un difficile equilibrio*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 831 ss., C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*,2007, 1 ss.; A. CANDIDO, *La tutela della concorrenza come passpartout statale nella matassa ingarbugliata dei servizi pubblici locali*, in *Dir. econ.*, 2009,383 ss.

⁵⁴ Su tali “materie” v.,*ex plurimis*, G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. pubbl.*,2004,461; A. ANZON, *Il difficile avvio della giurisprudenza costituzionale sul nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giur.cost.*,2003,1164 ss.; L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla <<tutela della concorrenza>>(art.117, comma 2, lett.e):linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. Cost.*,2005, 3448 ss.

⁵⁵ Punto 8.1.2 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁵⁶ C. cost. 22 novembre 2007, n.401, in *Guida al dir.*,n.49 del 2007, 77, con commento di G. PALLIGGIANO, *Tutela del mercato di tipo trasversale*, *ivi*, 106, e di A. CELOTTO, *La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti*, in www.giustamm.it . Sulla distinzione tra concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato v., da ultimo, F, MERUSI, *La regolazione dei servizi d’interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati:una introduzione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*(a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI), cit., 7 ss., con ampi riferimenti, a cui sia consentito rinviare.

*utile*⁵⁷), dall'altro, ciò sembra essere strumentale perché evita loro ogni statuizione sulla natura costituzionalmente⁵⁸ o comunitariamente⁵⁹ obbligata della soluzione prescelta: il che avrebbe determinato, quale diretta conseguenza, l'inammissibilità dei quesiti referendari, aventi ad oggetto le medesime norme censurate e destinati ad essere sottoposti di lì a poco ad un successivo scrutinio costituzionale⁶⁰.

In realtà, non è il titolo di legittimazione dell'intervento del legislatore statale e, cioè, la materia-funzione della "tutela della concorrenza", a condizionare i servizi pubblici locali, ma è la scelta della gestione di tali servizi, secondo modalità in concreto economicamente rilevanti oppure secondo modalità non mercantili, a caratterizzare tali attività: e ciò a prescindere dal fatto che i servizi pubblici locali vengano o meno di fatto erogati direttamente dall'ente locale o da una società di diritto privato controllata dall'ente, stante il principio della neutralità della forma rispetto all'interesse pubblico o privato perseguito⁶¹.

La scelta della forma di erogazione del servizio secondo moduli economicamente rilevanti oppure secondo modalità non economiche non può che spettare alle autonomie locali⁶², chiamate a privilegiare le attività economiche, aprendosi al libero mercato, oppure ad optare per

⁵⁷ Art.23 *bis*, comma 3, d.l. n.112 del 2008 e succ. mod.

⁵⁸ C. cost. nn.16 del 1978 e 35 del 1997.

⁵⁹ C. cost. nn.26 del 1993, 8 del 1995, 41 e 45 del 2000.

⁶⁰ V. la successiva Corte cost. n.24 del 26 gennaio 2011, dichiarativa dell'ammissibilità del quesito referendario abrogativo dell'art.23 *bis*, che richiama la sent. n.325 del 2010 nella parte in cui precisava che "l'introduzione, attraverso il suddetto art.23-*bis*, di regole concorrenziali(...) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario <<e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art.117 Cost.(...), ma neppure si pone in contrasto(...) con la (...) normativa comunitaria"(punto 4.2.1 del *Cons.dir.*).

⁶¹ C. PETTINARI, *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art.23-bis del d.l. n.112/2008 e successive modificazioni*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali* (a cura di R. VILLATA), Torino, 2011, 385 ss., in part. 412, ove sottolinea come il principio della neutralità della forma rispetto all'interesse perseguito possa ricavarsi dall'art.1, comma 1-bis, della l.241/1990 e succ. mod., in virtù del quale la P.A. può avvalersi di strumenti di diritto privato per la propria attività, e dal fatto che la forma societaria è compatibile con l'esercizio di pubbliche funzioni. Al riguardo v. altresì M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss..

⁶² L'art.5 del TUE (già art.5 del TCE) fissa il principio di auto-organizzazione degli enti locali e richiama quel principio di sussidiarietà verticale, cardine non solo dell'art.118, comma 1, Cost., ma anche del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea, che impone di tener conto delle differenze, delle esigenze e delle preferenze degli utenti, che possano derivare da situazioni geografiche, sociali, culturali anche profondamente diverse tra loro.

una gestione sottratta alla logica del profitto, senza che tale scelta possa essere coartata oltre misura o resa in concreto impossibile dal legislatore statale: il tutto così come riconosciuto sia dalla nostra giurisprudenza amministrativa⁶³, che dal quadro comunitario⁶⁴.

Invero, il diritto comunitario non privilegia affatto l'*outsourcing* rispetto all'*autoprestazione* di beni o di servizi, purchè vengano rispettate le rigorose condizioni, elaborate dalla stessa giurisprudenza comunitaria⁶⁵, onde evitare elusioni delle regole concorrenziali o effetti distorsivi della libera concorrenza nel mercato privato⁶⁶. Né, tanto meno, impone agli enti locali l'obbligatorio ricorso all'esterno per reperire le prestazioni di cui necessitano⁶⁷, per cui ogni diversa tesi risulta un fuor d'opera⁶⁸.

⁶³ Corte conti, sez.contr.Lombardia, 11 maggio 2009, n.195, secondo cui spetta all'ente locale valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali della prestazione dell'altro. V. anche Corte conti, sez.contr. Sardegna, 18 giugno 2007, n.9.

⁶⁴ Per il principio comunitario della c.d. libera definizione v. COM(2001) 598, punto 22: "La competenza di decidere quale servizio debba essere considerato servizio di interesse generale e come debba essere gestito appartiene in primo luogo al livello locale". I principi comunitari di autorganizzazione dell'ente locale e di sussidiarietà sono richiamati anche dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati del 5 febbraio 2008, C 91/02, pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008. In giurisprudenza, Corte giust. 9 giugno 2009, causa C-480/2006, *Commissione c/ Repubblica federale di Germania*, ove si riconosce che un'autorità pubblica può adempiere ai suoi compiti mediante propri strumenti senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne.

⁶⁵ V. *supra* nota (30).

⁶⁶ V., ad esempio, il regolamento CE 23 ottobre 2007, n.1370, che disciplina le modalità di gestione dei "servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia", il cui art.2, comma 1, recita: "Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva(...) ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio". Su tale normativa L. BERTONAZZI, *La disciplina del trasporto pubblico locale nel regolamento comunitario n.1370/2007*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 433 ss.

⁶⁷ V. la cit. Corte giust. 13 novembre 2008, causa C-324-07(*Coditel Brabant*), punto 48: "Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48)". V. altresì la cit. Corte giust. 10 settembre 2009, causa C-573/2007, (*Sea*), punto 57.

⁶⁸ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott in data 1 marzo 2005 nella causa C-458/2003(*Parking Brixen*): "Tuttavia, un intervento così incisivo sulla supremazia organizzativa degli Stati membri e segnatamente sull'autogoverno di tanti Comuni non sarebbe affatto necessario neppure alla luce della funzione di apertura dei mercati svolta dalla disciplina sugli appalti. Difatti, lo scopo della normativa sugli appalti è di garantire una scelta trasparente ed imparziale dei contraenti ogniqualvolta la pubblica amministrazione decida di svolgere i propri compiti con la collaborazione di terzi. Non rientra invece nella *ratio* della disciplina sugli appalti la realizzazione di una

In definitiva, il diritto comunitario si pone in posizione neutra rispetto alla natura pubblica o privata dell'impresa⁶⁹, senza impedire affatto agli enti locali la possibilità di ricorrere all'autoproduzione dei servizi pubblici. Svuotare allora gli enti locali di ogni apprezzamento discrezionale in ordine alla scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali significa adottare un'opzione legislativa non solo disarmonica con il quadro normativo o giurisprudenziale comunitario, ma anche in rotta di collisione con le stesse coordinate costituzionali dell'art.118, che indicano le funzioni "proprie" o "conferite" delle autonomie locali, da valere quali vincoli anche per il legislatore statale⁷⁰.

Al riguardo, invece, la Corte delle leggi, dopo aver affermato la possibilità dell'apertura di un mercato, "*obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo*"⁷¹, sostiene che l'art.23 bis riguarda anche i servizi dotati di mera "rilevanza" economica e, come tali, ancora da immettere sul mercato. In tal caso le norme scrutinate, "*in armonia con l'indicata nozione comunitaria di interesse economico*", evidenziano la portata oggettiva della nozione di "rilevanza" economica⁷², così negando

privatizzazione <<di straforo>> anche di quei servizi pubblici che la pubblica amministrazione voglia continuare a fornire con mezzi propri".

⁶⁹ Per il c.d. principio di neutralità' v. l'art.345(già art.295 TCE), secondo cui "I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

⁷⁰ Il rilievo è tratto da G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, cit., 3, che osserva: <<Se le decisioni di organizzazione sul territorio dei servizi pubblici locali, con rilevanza economica, non sono più tali in senso proprio, perché vengono ridotte a determinazioni senza margini di apprezzamento discrezionale, con ponderazione ed identificazione dei presupposti e delle condizioni di organizzazione di essi già esaurite a livello statale, allora i poteri degli enti locali in materia risultano ormai privi di contenuto reale>>.

Occorre ricordare la ormai prossima(?) soppressione delle autorità d'ambito, imposta dall'art.2, comma 186 e 186 bis della legge 23 dicembre 2009, n.191, come integrata dall'art.1, comma 1-quinquies della legge 26 marzo 2010, n.42, di conversione del decreto legge 25 gennaio 2010, n.2. Tale normativa aveva previsto la soppressione degli AATO ex art.148(per la gestione delle risorse idriche) ed art.201(per la gestione dei rifiuti urbani) del c.d. codice dell'ambiente a partire dal primo gennaio 2011. Tale termine è stato, poi, posticipato dal decreto legge 29 dicembre 2010, n.225(c.d. "Milleproroghe") al 31 marzo 2011, con la previsione di ulteriore proroga al 31 dicembre 2011, giusta decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

⁷¹ Punto 9.1 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁷² Secondo la Corte, le norme scrutinate "*evidenziano le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di <<rilevanza>> economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art.23 bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata*

il carattere meramente soggettivo di tale nozione⁷³, invocato dalle Regioni ricorrenti, e la possibilità per gli enti locali di scegliere in concreto le modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

Seguendo tale ottica, i giudici costituzionali traggono la conclusione che anche la determinazione delle condizioni di rilevanza economica, *“quale criterio discrezionale per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione”* dei servizi pubblici locali⁷⁴, debba essere riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ex art.117, comma 2, lett.e), Cost., dato che *“l’ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell’interesse economico del servizio”*⁷⁵.

Di conseguenza anche lo specifico settore del servizio idrico integrato viene attratto dalla Consulta, in conformità dei suoi precedenti giurisprudenziali⁷⁶, nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ed escluso dal novero delle funzioni fondamentali delle Regioni in quanto la sua disciplina è *“finalizzata al superamento della frammentazione della*

nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)” (ibidem). L’opzione per una lettura “oggettiva” della nozione comunitaria di interesse economico consente alla Corte di prendere in considerazione la concreta ed oggettiva realizzabilità, anche solo potenziale, dell’apertura di un mercato, al di là della soggettiva decisione degli enti locali, in modo da giustificare la competenza legislativa esclusiva dello Stato. V., In proposito, F. COSTANTINO, *La guerra dell’acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁷³ A partire dalla nota monografia di U. POTOTSCHNIG (*I pubblici servizi*, Padova, 1964), che si richiamava agli artt.41, comma 3, e 43 della Costituzione per sostenere la tesi oggettiva, si è sviluppato un acceso dibattito sulla natura sostanziale ed oggettiva o nominalistica e soggettiva dei servizi pubblici. Sulla classica teoria soggettiva del servizio pubblico G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 136 ss.; più di recente, sulle difficoltà di distinguere le due nozioni, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 29 ss.; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di <<servizio pubblico locale>>*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss., e G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., Bologna, 2005, 133 ss., nonché Id., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3167 ss..

⁷⁴ Punto 9.2 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Corte cost. n.142 e 29 del 2010, nonché, in particolare, Corte cost. n.246 del 2009. V., per il settore del trasporto pubblico, anche Corte cost. 21 dicembre 2007, n.452, secondo cui, ferma restando l’inclusione del trasporto pubblico locale nell’ambito delle competenze legislative residuali della Regione ex art.117, comma 4, Cost., la ricomprensione dei servizi pubblici locali nella materia “trasversale” della tutela della concorrenza di cui all’art.117, comma 2, lett.e), Cost., legittima l’intervento del legislatore statale, destinato a sovrapporsi a quello regionale, *“seppur nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi cui esse (materie) sono preposte”*. (punto 4 del *Cons.dir.*).

*gestione delle risorse idriche, consente la razionalizzazione del mercato ed è quindi diretta a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso*⁷⁷.

Eppure, sia il Parlamento europeo⁷⁸, che la stessa Corte di giustizia con la sentenza *Acoset*⁷⁹ avevano evidenziato le peculiarità del servizio idrico integrato⁸⁰, tali da poter giustificare una deroga ai principi comunitari concorrenziali, in funzione delle incompressibili esigenze sociali delle collettività locali ad esso sottese. Non a caso, da più parti per il servizio idrico, come per altri settori dotati di una maggiore sensibilità (rifiuti, trasporti), si è sollecitata l'istituzione di autorità amministrative indipendenti, che possano sovraintendere al settore con funzioni regolatorie, in modo da garantire l'eventuale processo di liberalizzazione e contemperare il servizio pubblico con la concorrenza,

⁷⁷ Punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n.325 del 2010.

⁷⁸ Il Parlamento europeo, al punto 47 della risoluzione sul cit. Libro Verde sui Servizi di interesse generale del 14 gennaio 2004, ha affermato che "la fornitura d'acqua(...) non dovrebbe essere oggetto di privatizzazione"; al riguardo, lo stesso Parlamento auspica "senza giungere alla liberalizzazione, una <<modernizzazione>> della fornitura di acqua mediante l'applicazione di principi economici, tenendo conto delle norme in materia di qualità e ambiente e dei requisiti di efficienza".V. altresì la direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, il cui primo *Considerando* afferma che "l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale".

⁷⁹ Corte giust., 15 ottobre 2009, causa C-196/2008, con nota di G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. app.*, 2010, 158 ss., e di A. BROWN, *Selection of the Private Participant in a Public-private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (C-196/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, Na45 ss. Con tale decisione la Corte europea ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto ad una società mista laddove "i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire" ed al socio in questione venga affidata "l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo" (punto 60). Nella specie, l'ATO per la gestione del servizio idrico integrato di Ragusa aveva indetto una gara per la scelta del socio di una società mista, ma, essendo sorti dubbi sulla compatibilità comunitaria dell'operazione, aveva successivamente optato per una procedura più sicura, aggiudicando in via definitiva il servizio ad un consorzio intercomunale. Da ciò il ricorso della società Acoset, che era risultata in un primo tempo aggiudicataria in via provvisoria.

⁸⁰ D'altronde, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n.307 del 20 novembre 2009, aveva riconosciuto la peculiarità del servizio idrico integrato, ritenendo nella specie non separabile l'attività di gestione della rete dalle attività di erogazione dei servizi per la connessione funzionale inscindibile delle infrastrutture con lo sviluppo dei servizi. In particolare, la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art.49, comma 1, l.reg.Lombardia 12 dicembre 2003 n.26, come sostituito dall'art.4, comma 1, lett.p), l. reg.Lombardia 8 agosto 2006 n.18, nella parte in cui disponeva che il servizio idrico integrato a livello d'ambito fosse organizzato separando obbligatoriamente l'attività di gestione delle reti dall'attività di erogazione dei servizi.

La Corte costituzionale, invece, richiamati i precedenti conformi⁸¹, respinge le censure delle Regioni, che lamentavano una violazione della discrezionalità delle autonomie territoriali in ordine alla scelta delle forme di gestione del servizio idrico⁸², e sancisce la legittimità dell'art.23 *bis* scrutinato, trattandosi di norma diretta “ *ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima*”⁸³.

4. L'abrogazione referendaria dell'art.23 *bis* e del connesso Regolamento di attuazione del D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

L'avvenuta abrogazione dell'art.23 *bis* del d.l. n.112/2008, novellato dall'art.15 del d.l. n.135/2009⁸⁴, e di parte dell'art.154 del d.lgs. 3 aprile 2006, n.152,⁸⁵ operata dal voto referendario del 12-13 giugno 2011, ha posto nel nulla la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza

⁸¹ In particolare, Corte cost.24 luglio 2009, n.246, riconduce alla materia della tutela della concorrenza l' art.150 del d.lgs. n.152 del 2006, modificato dal d.lgs. n.4 del 2008, che disciplina la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso. In senso analogo Corte cost. n.272 del 27 luglio 2004 e, più di recente, Corte cost. n.29 del 4 febbraio 2010.

⁸² V. in proposito E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *An. Giur.dell'ec.*, n.1 del 2010, 174 ss.

⁸³ Così *ad finem* del punto 7 del *Cons.dir.* della sentenza n.325 del 2010.

⁸⁴ Il quesito referendario, rubricato dalla Corte costituzionale con il n.1 nella sentenza n.24 del 26 gennaio 2011, aveva per oggetto l'art. 23 bis del d.l. n.112/2008, convertito nella legge n.133/2008, come modificato dall'art.15 del d.l.n.135/2009, convertito a sua volta nella legge n.166/2009, nel testo risultante a seguito della sentenza n.325 del 2010 della Corte costituzionale. In particolare, la proposta referendaria mirava ad espungere dall'ordinamento la disciplina generale delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra cui il servizio idrico integrato.

⁸⁵ Con sentenza n.26 del 26 gennaio 2011 la Corte costituzionale aveva dichiarato l'ammissibilità anche del quesito referendario n.3, volto all'abrogazione dell'art.154, comma 1, (Tariffa del servizio idrico integrato) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152, limitatamente all'inciso (<<dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito>>), che disponeva che la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della remunerazione del capitale investito. Anche tale referendum, volto, quindi, a “*rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua*”, ha avuto esito positivo, con il conseguente effetto abrogativo.

economica, così come stratificatasi a seguito dei ripetuti interventi legislativi dell'ultimo decennio.

In conseguenza del voto referendario si è, quindi, venuta a creare una *vacatio legis* con un ampio vuoto normativo, colmabile solo attraverso la vigente disciplina comunitaria.

Secondo l'insegnamento della Consulta, l'abrogazione dell'art.23 *bis* e la relativa caducazione della normativa di attuazione del d.P.R. 168/2010, comporta, non la reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo, bensì la mera applicazione immediata nell'ordinamento italiano della meno restrittiva normativa comunitaria⁸⁶, con conseguente restituzione agli enti locali della facoltà di autorganizzarsi mediante ricorso all'autoproduzione dei servizi pubblici locali⁸⁷.

In altri termini, l'esito positivo del referendum abrogativo ha determinato un allentamento dei vincoli che il legislatore nazionale aveva inteso introdurre con l'art.23 *bis* nelle forme di gestione dei servizi pubblici locali, rendendo, in particolare, meno restrittivo il ricorso al modello dell' *in house providing*⁸⁸ e più elastico quello del modello misto⁸⁹, sì da consentire il riespandersi del potere di scelta degli enti locali con i soli limiti previsti dalla normativa comunitaria⁹⁰.

⁸⁶ In tal senso Corte cost. 26 gennaio 2011, n.24, punto 4 del *Cons.dir.*: "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". V. anche la coeva sent. n.26 del 2011:"Il quesito referendario è, infatti, diretto ad abrogare parzialmente la disciplina stabilita dal legislatore, senza sostituirla con una estranea allo stesso contesto normativo".

⁸⁷ In proposito v. L. MANASSERO, *Il Servizio Idrico Integrato- e gli altri Servizi Pubblici Locali- ed il Referendum 2011: alle soglie di una (contro)rivoluzione?*, in www.dirittodeiservizipubblicilocali.it.

⁸⁸ L'affidamento diretto *in house* diveniva, quindi, ammissibile sulla scorta degli specifici presupposti, imposti dal diritto comunitario, della totale partecipazione pubblica, del "controllo analogo" e della "prevalenza dell'attività".

⁸⁹ Era venuto meno, ad esempio, l'obbligo di attribuire al socio privato delle società miste una partecipazione non inferiore al 40 per cento, imposto dall'art.23 *bis*, comma 2, lett. b), del d.l. n.112/2008, convertito nella legge n.133/2008 e succ. mod.

⁹⁰ F. FONTANA e M. ROSSI, *Servizi locali, per le gestioni si torna al passato*, in *Guida enti locali, Focus utilities*, n.29 del 2011.

L'eliminazione dei vincoli più stringenti, imposti dall'abrogazione dell'art.23 *bis* in ordine ai modelli gestionali, rende possibile, per gli enti locali, la scelta tra soluzioni diverse, ivi compresa la gestione in economia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, laddove il servizio sia di modesta entità, così come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza amministrativa.⁹¹

L'effetto abrogativo ha riguardato, com'è ovvio, la generalità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ivi compreso il trasporto pubblico locale, mentre ne sono rimasti immuni solo i settori già esclusi dal campo di applicazione dell'art.23 *bis* e, cioè, la distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali e il trasporto ferroviario regionale⁹².

5. La “restaurazione” legislativa: il decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito nella legge 16 settembre 2011, n.148.

Con il decreto legge del 13 agosto 2011, n.138⁹³, convertito, con modificazioni, nella legge 16 settembre 2011, n.148⁹⁴, il legislatore, sempre più pressato dalle esigenze economiche aggravate dalla crisi mondiale⁹⁵, è intervenuto nuovamente, in occasione della manovra di agosto, nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dando vita ad un'ulteriore versione riveduta e corretta dell'abrogato art.23 *bis* e, soprattutto, dell'art.15, tale da disattendere le aspettative sorte dopo gli esiti referendari. E' come se il legislatore, nel

⁹¹ Cons.St., sez. V, 26 gennaio 2011, n.552.

⁹² Art.23 *bis*, comma 1, d.l. n.112/2008, convertito nella legge n.133/2008 e succ. mod.

⁹³ Trattasi del decreto legge 13 agosto 2011, n.138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n.188 del 13 agosto 2011.

⁹⁴ Il decreto è stato convertito, con modificazioni, nella legge 16 settembre 2011, n.148, pubblicata sulla G.U. n.216 del 16 settembre 2011 ed entrata in vigore il 17 settembre 2011.

⁹⁵ L'intervento legislativo si aggiunge e corregge, a distanza di appena un mese, la manovra finanziaria già dettata con il decreto legge 6 luglio 2011, n.98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n.111, (“Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”), che conteneva la previsione dell'obiettivo della parità di bilancio da raggiungersi entro il 2014. La nuova normativa anticipa il raggiungimento di tale obiettivo al 2013, così come richiesto dall'Unione europea.

riproporre in larga misura lo schema normativo già oggetto dell'abrogazione referendaria, abbia inteso "restaurare" l' *ancient regime*, travolto dal voto popolare, in modo da ripristinare la previgente disciplina organica della materia.

L'art.4 del nuovo decreto, la cui rubrica reca l'intestazione "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea", racchiude la disciplina generale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ricalcando sostanzialmente il disposto dell'abrogato art.23 *bis* e del relativo regolamento attuativo, in modo da colmare il vuoto normativo che si era venuto a creare *in subiecta materia*.

Non a caso, infatti, restano fuori anche dall'ultima novella i c.d. settori esclusi⁹⁶, così come era già accaduto con il precedente art.23 *bis*, ma con l'aggiunta dell'inapplicabilità dell'art.4 al servizio idrico integrato, settore quanto mai "sensibile" e meritevole di una organica disciplina autonoma, fatta eccezione per i commi da 19 a 27 racchiudenti un rigido elenco di incompatibilità valido anche per tale settore⁹⁷.

Nelle intenzioni del governo, l' art.4, che va letto in coordinata successione con gli artt.3⁹⁸ e 5⁹⁹, dovrebbe introdurre disposizioni volte

⁹⁶ Art. 4, comma 34, d.l. n.138/2011, che prevede: "Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n.164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n.79 e alla legge 23 agosto 2004, n.239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n.422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n.475".

⁹⁷ Art.4, comma 34, del d.l. n.138 del 2011. Ai sensi del successivo comma 33, restano altresì escluse dall'applicazione della novella le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del d.l. n.138 del 2011.

⁹⁸ L'art.3 del d.l. n.138/2011, nel testo modificato in sede di conversione, è stato rubricato come "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche". Tale norma, al primo comma, impone allo Stato ed agli enti locali di adeguare gli ordinamenti, in previsione di una revisione dell'art.41 della Costituzione, al principio, secondo cui "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge". Tale principio viene riconosciuto, al successivo comma 2, come "fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese".

⁹⁹ L'art.5 del d.l. n.138/2011, rubricato come "Norme in materia di società municipalizzate", destina una quota del Fondo infrastrutture ad investimenti degli enti territoriali, che procedano, rispettivamente entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013, alla dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad esclusione del servizio idrico.

alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed imporre l'applicazione di alcune norme della legge 10 ottobre 1990, n.287¹⁰⁰, allo scopo di favorire l'apertura al mercato di tali settori nevralgici dell'economia nazionale.

In realtà, ancora una volta il legislatore, incurante degli esiti referendari ed al di là delle mere dichiarazioni di principio, invece di realizzare una piena liberalizzazione o, comunque, una concorrenza in senso proprio nei servizi pubblici locali, ripropone per molti aspetti la disciplina dell'abrogato art.23 *bis*, rafforzandone i vincoli e privilegiando l'opzione per il mercato¹⁰¹.

In particolare, il primo comma dell'art.4¹⁰² impone ora agli enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale e di liberalizzare le attività, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio, limitando i diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Sulla scorta di quanto già previsto dall'art.2 dell'abrogato regolamento di attuazione n.168/2010, la recente novella dispone che tali verifiche devono essere formalizzate in una " *delibera quadro*", da approvarsi entro un anno, da ripetersi periodicamente e, comunque, prima di

¹⁰⁰ Legge 10 ottobre 1990, n.287, recante " Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

¹⁰¹ Tra i primi commenti, A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. CARUSO, *Sui servizi pubblici locali scatta la liberalizzazione*, in *Guida al dir.*, n.35 del 2011, 36 ss.; G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it; C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva- decreto legge 13 agosto 2011, n.138, ivi*; F. SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; M. LOMBARDO, *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali, ivi*.

¹⁰² L'art.4, comma 1, del d.l. n.138 del 2011, convertito nella l. n.148 del 2011, recita testualmente: "Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità".

procedere al conferimento ed al rinnovo della gestione dei servizi, volta a dimostrare *“le ragioni della decisione¹⁰³ e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio”*.¹⁰⁴

Tale delibera deve illustrare l' istruttoria eseguita ed essere (congruamente) motivata¹⁰⁵, nonché pubblicizzata ed inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, affinché questa possa relazionare al Parlamento secondo quanto previsto dalla legge 10 ottobre 1990, n.287¹⁰⁶.

Il decreto in esame, dopo aver ribadito la specifica missione pubblica degli enti locali, chiamati ad *“assicurare agli utenti l'erogazione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*¹⁰⁷, impone agli stessi di definire, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le *“eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo”*.¹⁰⁸

I commi da 8 a 13 dell'art.4 fissano, poi, le regole da seguire per l'attribuzione dei diritti di esclusiva, dopo che si è accertata l'impossibilità di una gestione concorrenziale.

¹⁰³ L'art.4, comma 2, del decreto legge n.138 del 2011 recitava:<< All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, *i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale* derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio>>. A seguito di un maxi-emendamento presentato dal governo, in sede di conversione nella legge n.148 del 2011 il testo è stato opportunamente modificato nel senso sopra riportato nel virgolettato.

¹⁰⁴ Art.4, comma 2, del d.l. n.138 del 2011, come modificato in sede di conversione dalla legge 16 settembre 2011, n.148.

¹⁰⁵ V. al riguardo i rilievi critici mossi nei confronti dell'abrogato art. 23 bis dal Consiglio di Stato, secondo cui “ la rilevanza della questione (...) avrebbe richiesto criteri puntuali e definiti, essendo ben nota la riluttanza degli enti locali a procedere su questa strada(Parere, sez. consultiva per gli atti normativi 24 maggio 2010 n.2415, sullo Schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art.23 bis del d.l. 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133, e succ. mod., in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

¹⁰⁶ Art.4, comma 3. del d.l. n.138 del 2011.

¹⁰⁷ Così l' *incipit* dell'art.4, comma 5, del d.l. n.138 del 2011.

¹⁰⁸ Art.4, comma 5, del d.l. n.138 del 2011.

Infatti, ove mai gli enti locali non liberalizzino il servizio ed optino per l'attribuzione di diritti di esclusiva, la scelta del gestore deve avvenire in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali sui contratti pubblici ed, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità¹⁰⁹.

Tali procedure devono essere altresì indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti¹¹⁰. Il tutto con analitiche prescrizioni del contenuto dei bandi di gara o della lettera di invito, già previste dall'art.3 del regolamento attuativo dell'art.23 *bis*, nel dichiarato fine di " *promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati*"¹¹¹.

Appare, quindi, subito evidente che il legislatore, in continuità con il previgente sistema delineato dall'art.23 *bis* e dal regolamento di attuazione, privilegia la scelta del gestore mediante gara quale procedura principale di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, precisando che alla gara possono partecipare anche le società interamente pubbliche, salvo gli specifici divieti di legge¹¹².

¹⁰⁹ Art.4, comma 8, del d.l. n.138 del 2011.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Art.4, comma 11, del d.l. n.138 del 2011.

¹¹² Art.4, comma 9, del d.l. n.138 del 2011, secondo cui possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica anche le società a capitale interamente pubblico, sempre che non vi siano gli specifici divieti di legge quali, ad esempio, quelli previsti dal c.d. decreto Bersani(v. *supra* nota 18).

Così come l'abrogato art.23 *bis*¹¹³, anche la novella prevede che all'individuazione del gestore mediante procedura selettiva ad evidenza pubblica possano essere equiparate le società miste, che rispettino determinate condizioni¹¹⁴.

Nel caso, infatti, di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, a cui deve essere conferita una partecipazione non inferiore al quaranta per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio(la c.d. *gara a doppio oggetto*), il bando di gara o la lettera di invito devono assicurare, in una agli altri requisiti: a) che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie ;

b) che il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata dello stesso e che, ove ciò non avvenga, si proceda ad un nuovo affidamento; c) che siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione¹¹⁵.

Il comma 13 dell'art.4 della novella, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe garantire l'adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica agli esiti referendari, prevede, invece, le nuove regole degli affidamenti *in house*, elevando la soglia di ammissibilità di tale modello dall'originario tetto massimo di euro 200.000,00 agli attuali euro 900.000,00 annui¹¹⁶.

¹¹³ Art. 23 *bis*, comma 2, lett. b), del d.l. n.112 del 2008, convertito nella l. n.133 del 2008, come modificato dall'art.15 del d.l. n.135 del 2009, a sua volta convertito nella l. n.166 del 2009.

¹¹⁴ V., però, al riguardo, i dubbi sollevati da A. AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art.4 del D.L. 138/2011?*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, e da G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011*, cit.,4-6, che rileva come l'*incipit* del comma 12 dell'art.4 "*Fermo restando quanto previsto ai commi 8,9,10 e 11*" sembrerebbe incorporare dalla gara aperta a tutti gli imprenditori o società in qualunque forma costituite proprio le società miste, che costituirebbero una sorta di *tertium genus* tra l'affidamento mediante gara e quello diretto .

¹¹⁵ Art.4, comma 12, del d.l. n.138 del 2011.

¹¹⁶ L'art.4, comma 1, del regolamento 7 settembre 2010, n.168, disponeva che gli affidamenti *in house* assumessero rilevanza, ai fini del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, solo se il valore del servizio superava

Tale soglia, peraltro estremamente contenuta nel *quantum*¹¹⁷, riduce congruamente le possibilità per gli enti locali di avvalersi di moduli non mercantili e li obbliga ad immettere sul mercato spazi sempre più consistenti di servizi pubblici.

Infatti, le pubbliche amministrazioni, ove mai intendano conservare *l'in house providing* nonostante volumi di servizi così limitati, dovranno affrontare i nuovi ed aggravati procedimenti, richiedenti un'accurata istruttoria e un'idonea valutazione strategica, per supportare la scelta effettuata. Il tutto in aggiunta ai consueti requisiti, imposti dal quadro comunitario, della totale partecipazione pubblica, del controllo analogo e dello svolgimento dell'attività prevalente in favore dell'ente affidante o degli enti affidanti.

Viene altresì riconfermato il divieto, già previsto dal comma 9 dell'abrogato art.23 *bis*, per le società che gestiscono servizi pubblici locali " *in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 12*" ¹¹⁸(che concerne le società miste aggiudicatarie di gara a doppio oggetto), di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, ovvero di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati.

Tale divieto è esteso, sempre in conformità al precedente art.23 *bis*¹¹⁹, alle società controllate, alle controllanti ed alle controllate da una medesima controllante, restandone escluse le società quotate in borsa ed il socio privato di società mista¹²⁰. Resta, invece, irrisolta la problematica

la somma di 200.000,00 euro annui. V. al riguardo G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011*, cit., 3.

¹¹⁷In senso opposto l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo cui la soglia fissata dal legislatore " appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta a facili comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni(...): sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante <<tranche>>, ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate in house"(Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS 864 del 26 agosto 2011).

¹¹⁸ Art.4, comma 33, del d.l. n.138 del 2011.

¹¹⁹ Art.23 *bis*, comma 9, d.l. n.112 del 2008, convertito nella legge n.133 del 2008, e succ. mod.

¹²⁰ Art.4, comma 33, del d.l. n.138 del 2011.

relativa alla operatività c.d. extraterritoriale o *extra moenia* delle società miste, non avendo chiarito il legislatore, nonostante i contrasti giurisprudenziali verificatisi al riguardo¹²¹, se le società miste, risultate affidatarie di servizi pubblici ed aventi soci scelti con gara a doppio oggetto, possano a loro volta partecipare a gare per l'affidamento di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi o per altri enti.

In ogni caso, lo svolgimento di attività ulteriori ed in ambiti territoriali diversi da parte di società miste, il cui affidamento può avvenire esclusivamente per mezzo di gara ad evidenza pubblica, sembrerebbe ammissibile solo se compatibile con gli interessi della comunità di riferimento¹²².

L'unica deroga, prevista dal legislatore della recente manovra finanziaria, consente alle società beneficiarie di affidamenti diretti di concorrere, su tutto il territorio nazionale, nonché "in casa propria", alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica ed avente ad oggetto i servizi da esse forniti¹²³, in modo da divenire un'operatore di mercato a pieno titolo.

Come puntualmente osservato da attenta dottrina¹²⁴, la "prima gara" sta ad indicare qualsiasi gara per i servizi pubblici locali, che avvenga dopo l'entrata in vigore della norma (14 agosto 2011) purchè sia la "prima" durante il periodo transitorio e si applichi soltanto per una volta, non potendo valere nell'ipotesi di gare successive.

E' altresì previsto un regime transitorio degli affidamenti non conformi alla disciplina comunitaria ed alle disposizioni della novella, che riscrive

¹²¹ Favorevoli all'extraterritorialità delle società miste Cons.St., sez.V, 11 aprile 2011, n.2222; Id., 11 gennaio 2011, n.77; Id., 7 luglio 2009, n.4346, e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n.561. In senso contrario, T.A.R. Lombardia, Milano, 11 gennaio 2010, n.8, e T.A.R. Sardegna, Cagliari, 11 luglio 2008, n.1371.

¹²² Cons.St., sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, Cons.St., sez.V, 3 settembre 2001, n.4586.

¹²³ Art.4, comma 33, *ad finem*, d.l. n.138 del 2011, che ripete quanto già previsto dall' art.23 *bis*, comma 9, terzo periodo, del d.l. n.112 del 2008, convertito nella legge n.133 del 2008, e succ. mod..

¹²⁴ Seppur in relazione all'omologo art.23 *bis*, comma 9, del d.l. n.112 del 2008 e succ. mod., G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit.,27.

ex novo la “calendarizzazione” delle cessazioni dei relativi affidamenti, ribadendo i criteri di cui al comma 8 del precedente art.23 *bis*, ma differendone nel tempo le date.

In particolare, viene disposto che: a) gli affidamenti diretti relativi a servizi, il cui valore economico sia superiore alla soglia dei 900.000,00 euro annui, nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d), cessino, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante, alla data del 31 marzo 2012; b) le gestioni affidate direttamente a società miste, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali, però, non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino, improrogabilmente ed *ipso iure*, alla data del 30 giugno 2012;

c) le gestioni affidate direttamente a società miste, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino alla scadenza prevista nel contratto di servizio; d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del primo ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a quella data e a quelle da esse controllate ai sensi dell’art.2359 c.c., cessino alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca, anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; in caso contrario, tali affidamenti cesseranno, improrogabilmente ed *ipso iure*, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

6. Profili critici di illegittimità costituzionale.

In disparte i profili di illegittimità costituzionale di una novella che ripete sostanzialmente la previgente normativa già abrogata in sede referendaria¹²⁵, occorre evidenziare come la recente manovra legislativa sembri in ogni caso eludere il *dictum* dei giudici costituzionali.

Infatti, i comma 14 e 15 dell'art.4 della novella, riproponendo quanto già previsto dall'art.23 *bis*, comma 10, lett.a), prima parte, del d.l. n.112/2008 (e dall'art.5 del regolamento esecutivo n.168/2010), dichiarato incostituzionale *in parte qua* dalla Corte con la sentenza n.325 del 2010¹²⁶, assoggettano nuovamente le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno¹²⁷, chiamano gli enti locali a vigilare sull'osservanza del rispetto dei relativi vincoli ed impongono a tali società ed alle società miste di rispettare le disposizioni contenute nel d. lgs. 12 aprile 2006, n.163, in materia di acquisto di beni e di servizi.

In particolare, il comma 14 dell'art.4 assoggetta nuovamente le società *in house* al patto di stabilità interno "*secondo le modalità definite, con il concerto del ministro per le Riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, convertito con legge 6 agosto 2008, n.133, e successive modificazioni*"¹²⁸, così replicando la previgente normativa dichiarata

¹²⁵ Sul divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, Corte cost. 4 febbraio 1993, nn.32 e 33, e 22 ottobre 1990, n.468.

¹²⁶ Con la cit. sentenza 17 novembre 2010, n.325, la Corte costituzionale ha accolto le censure regionali avverso l'art.23 *bis* del d.l. n.112 del 2008 e succ. mod. *in parte qua*, atteso che l'assoggettamento al patto di stabilità, attenendo alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, non consente l'esercizio di potestà regolamentare statale.

¹²⁷ L'art.5 del regolamento attuativo 7 settembre 2010, n.168, a sua volta riproponeva l'art.18, comma 2 *bis*, dello stesso d.l. n.112/2008, inserito dall'art.19 del d.l. 1 luglio 2009, n.78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n.102, che estendeva anche alle società <<a partecipazione pubblica totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici senza gara>> non solo <<le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'art.1, comma 2, del d.lgs.30 marzo 2001, n.165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale>> e il dovere di adattare <<le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria o per consulenze>>, ma anche l'assoggettamento alla disciplina sul patto di stabilità.

¹²⁸ Art.4, comma 14, d.l. n.138 del 2011, convertito, con modificazioni, nella l. n.148 del 2011.

illegittima dalla Corte costituzionale, con la sentenza n.325 del 2010, in quanto attinente alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente e non esclusiva dello Stato.

Secondo alcuni¹²⁹, l'emanazione di tale norma sarebbe corretta proprio in virtù del richiamo operato all'art.18, comma 2-*bis*, dello stesso decreto legge n.112/2008, inserito dall'art.19, comma 1, del decreto legge 1 luglio 2009, n.78¹³⁰, che, a differenza dell'omologa previsione dell'art.23 *bis*, non è stato oggetto di giudizio di legittimità costituzionale.

In realtà, il vincolo derivante dalla sentenza n.325 del 2010 della Corte costituzionale non può non riflettersi sulla normativa in esame, tanto più che l'art.15, comma 2, lett.e), della legge 23 agosto 1988, n.400¹³¹, vieta al governo di reintrodurre con decreto legge una disciplina dichiarata incostituzionale per vizi non attinenti al procedimento.

Se è vero che, secondo la prevalente dottrina¹³², una legge meramente riproduttiva di altra dichiarata incostituzionale, la cui efficacia sia rivolta soltanto al futuro, non violerebbe il giudicato costituzionale¹³³, ma potrebbe soltanto risultare illegittima in un nuovo scrutinio di costituzionalità per gli stessi motivi di cui alla già adottata pronuncia, ciò non toglie che "l'efficacia tipica delle dichiarazioni d'incostituzionalità non è solo per il passato, ma è anche (e soprattutto) per il futuro"¹³⁴.

¹²⁹ F. FONTANA e M. ROSSI, *Servizi locali, per le gestioni si torna al passato*, cit., VI. *Contra*, G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, cit., secondo cui la recente normativa sembra escludere ancora una volta le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale.

¹³⁰ Decreto legge 1 luglio 2009, n.78, ("Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali"), pubblicato nella G.U. n.150 del 1 luglio 2009, convertito, con modificazioni, nella legge 3 agosto 2009, n.102, pubblicata nella G.U. n.179 del 4 agosto 2009.

¹³¹ Legge 23 agosto 1988, n.400, recante la "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri":

¹³² A. BARBERA, *Giudicato costituzionale e poteri del legislatore*, in *Giur.cost.*, 1963, 611 ss.; V. CRISAFULLI, <<Riproduzione>> o <<conferma>> di norme dichiarate incostituzionali, in *Giur. cost.*, 1966, 1108 ss., nonché Id., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Dir.soc.*, 1978, 51 ss..

¹³³ V., al riguardo, F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale(ad vocem)*, in *Enc.dir., Agg.*, V, Milano, 2001, nonché Id., *Il giudicato costituzionale nel giudizio di legittimità sulle leggi*, Torino, 2001.

¹³⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 329, secondo cui non si può escludere la violazione della forza tipica del giudicato costituzionale anche quando il legislatore intenda ripristinare la stessa legge in futuro. In senso analogo A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, 2008, 279.

Quindi, si può prospettare una violazione del giudicato costituzionale, quando il legislatore, come nel caso in esame, riproduca nuovamente il medesimo oggetto del precedente giudizio di incostituzionalità, facendo rivivere norme già divenute inefficaci in conseguenza del loro annullamento da parte della stessa Corte costituzionale¹³⁵.

8. Considerazioni finali.

Il decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni, nella legge 16 settembre 2011, n.148, seppur dichiaratamente volto all'«*adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea*»¹³⁶, segna in realtà, in palese violazione degli esiti referendari, il definitivo superamento della gestione diretta dei servizi pubblici locali e la marginalizzazione dell' *in house providing*.

Il legislatore, incurante del voto popolare e dimentico della specifica missione di interesse generale, che giustifica l'assunzione delle attività economiche da parte delle amministrazioni locali, continua a perseguire lo scopo di restringere le forme pubbliche di gestione dei servizi pubblici locali, nel tentativo di accrescere l'efficacia dell'azione pubblica attraverso l'adozione di modelli privatistici ed attenuare la crisi delle finanze comunali.

L'imposizione del sistema della gara per la selezione del gestore dei servizi pubblici locali e la progressiva compressione, in nome del mito della concorrenza, dell'*in house providing*, più che rispondere ad una effettiva liberalizzazione del settore e al superamento degli assetti

¹³⁵ Secondo Corte cost.21 luglio 1983, n.223, "le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, «anche se indirettamente», esiti corrispondenti a quelli già ritenuti lesivi della Costituzione" (punto 5 della parte motiva). V. al riguardo A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in *Trasformazioni nel tempo della funzione legislativa. I.<<Vincoli >> alla funzione legislativa*, (a cura di F. MODUGNO), Milano, 1999.

¹³⁶ Così la rubrica dell'art.4 del d.l. n.138 del 2011, convertito nella l. n.148 del 2011.

monopolistici, sembra preludere ad una rinnovata privatizzazione dei servizi pubblici locali, con il rischio di una regressione al monopolio locale privato, che caratterizzava tale settore verso la fine del secolo diciannovesimo¹³⁷.

Sullo sfondo resta l'impressione di un legislatore mosso solo da contingenze finanziarie e dalle pressioni delle autorità europee, piuttosto che "dalla dimensione pluralista dei servizi di interesse economico generale", per il quale la concorrenza, "da regola, secondo il diritto comunitario, diventa principio ispiratore assoluto e inderogabile delle politiche pubbliche locali"¹³⁸.

Le carenze qualità del nuovo intervento legislativo, ancora una volta adottato secondo le forme della decretazione di urgenza, in una agli evidenziati profili di illegittimità costituzionale, rendono ormai non più procrastinabile una riforma organica e completa, sistemica e di ampio respiro, dell'intera disciplina degli affidamenti e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tale da divenire un punto fermo, possibilmente duraturo, nella never ending story di tale tormentato e controverso settore.

¹³⁷ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazioni: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir.amm.*, 2004, n.1, 37 ss., part. 50 ss.; H. BONURA, *I moduli "ordinari" di organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale (la gara) e il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (la società mista)*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. BONURA e M. CASSANO, Torino, 2011, 54 ss., specie 57.

¹³⁸ Il pensiero è tratto da A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, cit., 6-7.