

# ***Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo\****

Avv. Carmine Volpe – presidente di sezione del Consiglio di Stato

**SOMMARIO: 1. Introduzione: appalti pubblici e servizi pubblici. 2. La nozione comunitaria. 3. La normativa esistente al momento della richiesta di referendum abrogativo. 4. La sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325. 5. La sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24. 6. La situazione immediatamente successiva al referendum. 7. La disciplina introdotta dalla manovra del ferragosto 2011. 8. Il servizio idrico integrato. 9. Gli altri settori inclusi e quelli esclusi. 10. Le ulteriori privatizzazioni. 11. Alcune criticità. 12. Considerazioni. 13. Conclusioni.**

## **1. Introduzione: appalti pubblici e servizi pubblici.**

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

Si tratta di attività di tipo prestazionale svolta dalla pubblica amministrazione o da soggetto privato, ma legato da un rapporto quanto meno convenzionale con la stessa, a favore di soggetti terzi appartenenti alla collettività che ne beneficiano in qualità di utenti. A differenza degli appalti pubblici, l'attività non è svolta (dagli appaltatori) a favore della pubblica amministrazione o di soggetti alla stessa equiparati i quali pagano il corrispettivo dell'attività stessa, ma a favore degli utenti, che sono quelli che beneficiano della prestazione, ovvero dell'erogazione dell'utilità, e che pagano una tariffa, la quale costituisce la remunerazione (per il soggetto erogatore) del servizio reso<sup>1</sup>.

La differenza si ripercuote sulla disciplina: la materia dei servizi pubblici non è disciplinata dalle direttive appalti nn. 2004/17/CEE e 2004/18/CEE e dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Infatti, a esclusione della parte IV (sul contenzioso, artt. da 239 a 246) e dell'art. 143, comma 7, in quanto compatibile, le disposizioni del detto codice non si applicano alle concessioni di servizi (art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006)<sup>2</sup>.

---

\* Si tratta della relazione tenuta al convegno su "Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente" svoltosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011.

<sup>1</sup> Secondo l'art. 112, comma 1, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, i servizi pubblici locali hanno a oggetto "produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Con riguardo alla differenza tra servizi strumentali alla pubblica amministrazione e gestione di servizi pubblici locali si rimanda, da ultimo, a Cons. Stato, ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011.

<sup>2</sup> L'art. 143, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, in tema di concessioni di lavori pubblici, prevede che "L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico - finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo". La non applicabilità ai servizi pubblici della disciplina del d.lgs. n. 163/2006, con particolare riguardo a quella sull'anomalia delle offerte, è ribadita, da ultimo, da Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 922.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, “la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi” (nello stesso senso dispone l'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006 con riguardo ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del detto codice).

Il che vuol dire semplicemente questo: come la materia degli appalti pubblici, anche quella dei servizi pubblici è soggetta all'applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, direttamente operanti negli ordinamenti degli Stati membri. Ma, mentre per gli appalti pubblici i detti principi trovano disciplina dettagliata nelle procedure di cui alle direttive appalti (nn. 2004/17/CEE e 2004/18/CEE) così come recepite dal codice dei contratti pubblici, per i servizi pubblici le procedure non sono dettagliate e formalizzate ma si devono conformare ai principi stessi, che, dovendo essere rispettati, ne costituiscono parametro di legittimità<sup>3</sup>.

## **2. La nozione comunitaria.**

In ambito comunitario non viene utilizzata l'espressione “servizio pubblico locale di rilevanza economica”, ma solo quella di “servizio di interesse economico generale” (SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia<sup>4</sup>) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno “contenuto omologo”.

---

<sup>3</sup> Sull'applicazione dei principi del Trattato ai contratti esclusi dal codice dei contratti pubblici si veda, da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011. Secondo cui le concessioni di servizi, diversamente dagli appalti “estranei” - intesi come quelli “esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione..., o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali” - “rientrano negli scopi del diritto comunitario, ma fruiscono di un regime di parziale esclusione”; con la conseguenza che il rispetto dei detti principi si impone alle prime ma non ai secondi.

<sup>4</sup> In *Foro Amm.*, 1999, 1.

Il che è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272<sup>5</sup>.

### **3. La normativa esistente al momento della richiesta di referendum abrogativo.**

Al momento della richiesta che poi ha portato al referendum svoltosi il 12 e 13 giugno 2011 i servizi pubblici locali di rilevanza economica avevano raggiunto un quadro normativo dalle cornici ben delineate.

Da una parte l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni<sup>6</sup>; dall'altra il regolamento di attuazione approvato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168<sup>7</sup>.

Il citato art. 23-bis ha inteso favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara a evidenza pubblica. A tal fine limitava i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione "in house" (cioè quella peculiare forma di gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico, affidata senza gara a soggetti solo formalmente - e non sostanzialmente - diversi ma che, nella sostanza, ne costituiscono una sorta di braccio operativo o di delegazione organica) soltanto ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali, che "non permettono un efficace e utile ricorso al mercato"<sup>8</sup>. Più in dettaglio, la norma:

a) si applicava, in forza del comma 1, "a tutti i servizi pubblici locali", prevalendo sulle "discipline di settore...incompatibili", salvo quelle relative ai quattro cosiddetti "settori esclusi" (distribuzione di gas naturale; distribuzione di energia elettrica; gestione delle farmacie comunali; trasporto ferroviario regionale);

b) disponeva che l'affidamento della gestione del servizio pubblico locale avvenga, "in via ordinaria", mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, a favore

<sup>5</sup> In *Foro amm. CDS*, 2004, 1971.

<sup>6</sup> Le modificazioni sono state apportate in piccola parte dall'art. 30, comma 26, della l. 23 luglio 2009, n. 99 - che, al comma 1 dell'art. 23-bis, aveva aggiunto la salvezza delle "disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale" - e, in maniera rilevante, dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (cosiddetto decreto Ronchi o salva infrazioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166. Per un commento sulla riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui al citato art. 15, si rimanda a C. Volpe, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 38.

<sup>7</sup> Sul regolamento, entrato in vigore il 27 ottobre 2010, si vedano, di recente: F. Dello Sbarba, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 22; M. Natoli, *Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168*, in *Riv. Amm.*, 2011, 181.

<sup>8</sup> Sull'"in house" si veda anche C. Volpe, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?* e, da ultimo, con riguardo alla dottrina e alla giurisprudenza richiamate, F. Leggiadro, *Gli affidamenti in house alle società pubbliche pluripartecipate*, in *Urbanistica e appalti*, rispettivamente, 2008, 1401 e 2011, 957. Sui requisiti dell'"in house" e sulla verifica in concreto della sussistenza dei presupposti del controllo analogo, di rilievo Cons. Stato: sez. I, parere, 23 marzo 2011, n. 5653; sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 902; sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, in *Ibidem*, 2010, 9, 1881; sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620, in *Ibidem*, 2010, 7-8, 1507.

non solo delle società di capitali, ma, più in generale, degli “imprenditori o...società in qualunque forma costituite”;

c) specificava che il già previsto (dalla legislazione anteriore, secondo la consolidata interpretazione giurisprudenziale) affidamento diretto (cioè senza gara) della gestione del servizio pubblico locale a società a capitale misto pubblico e privato (nel caso di scelta del socio privato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica) costituisce anch'esso un caso di conferimento della gestione “in via ordinaria”;

d) introduceva le seguenti ulteriori condizioni per detto affidamento diretto a società miste: 1) che la procedura di gara sia a doppio oggetto (cioè riguardi la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio); 2) che al socio privato – da scegliersi mediante procedura ad evidenza pubblica – sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (comma 2);

e) disciplinava nuovamente gli altri casi in cui è possibile l'affidamento diretto (senza gara), “in deroga” ai conferimenti effettuati in via ordinaria, stabilendo la necessità sia di una previa pubblicità adeguata, sia di una motivazione dell'ente in base a un'analisi di mercato, con trasmissione di una relazione da parte dell'ente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per un parere obbligatorio (ma non vincolante), da rendere entro 60 giorni dalla ricezione (decorso il termine di 60 giorni dalla ricezione della relazione, “il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole”);

f) precisava che tale ultima modalità di affidamento diretto è consentita, secondo la gestione “cosiddetta in house”, alle condizioni che già la legittimavano (capitale interamente pubblico; controllo analogo; prevalenza dell'attività in favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti), ma solo ove sussista l'ulteriore condizione della ricorrenza di “situazioni 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” (commi 3 e 4);

g) prevedeva (al comma 7) che i bacini di gara per i diversi servizi vengano definiti (nel rispetto delle normative settoriali) dalle regioni e dagli enti locali (nell'ambito delle rispettive competenze) d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, secondo specifiche finalità (economie di scala e di scopo, efficienza ed efficacia; integrazione dei servizi a domanda debole nel quadro dei servizi più redditizi; dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori; copertura degli obblighi di servizio universale);

h) modificava, nei limiti dell'incompatibilità con la nuova disciplina, l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, recante il “testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali” (comma 11);

i) attribuiva al Governo il potere di emettere regolamenti di delegificazione sia nelle materie elencate nel comma 10 dello stesso art. 23-bis, sia per la determinazione delle soglie minime oltre le quali gli affidamenti assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere della detta Autorità, sia “per individuare espressamente le norme abrogate ai sensi” del medesimo art. 23-bis;

l) introduceva una nuova normativa transitoria per gli affidamenti già in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina<sup>9</sup>.

Per il servizio idrico integrato un'apposita disposizione "bandiera" (art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135/2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009) ha previsto che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio di cui al citato art. 23-bis "devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio". Ciò a mera esemplificazione di quanto già disposto nel 2008<sup>10</sup>.

E della peculiarità del servizio idrico il regolamento emanato con il d.P.R. n. 168/2010 aveva debitamente tenuto conto (agli artt. 1 e 4).

#### **4. La sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010, n. 325.**

I contenuti dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e successive modificazioni, uscivano oltre modo rafforzati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010<sup>11</sup>.

La Corte ha ritenuto compatibili con l'ordinamento comunitario le limitazioni introdotte dal legislatore statale all'affidamento "in house". Ciò disattendendo la tesi prospettata da numerose regioni, che avevano impugnato l'art. 23-bis non accettando una etero-determinazione da parte del legislatore statale in una materia (i servizi pubblici locali) secondo le stesse rientrate nella competenza residuale regionale ex art. 117, quarto comma, della Cost.. Da parte regionale, in particolare, si sottolineava come la scelta di gestire un servizio pubblico locale a mezzo di società "in house" rientrasse nei profili organizzativi delle autonomie territoriali e quindi non potesse essere assoggettata a logiche concorrenziali. Queste ultime avrebbero potuto rilevare solo in un momento successivo, allorché l'ente avesse, in piena autonomia, ritenuto di affidare a terzi lo svolgimento del servizio<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> La ricostruzione dei contenuti del citato art. 23-bis è quella operata da Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 24 e 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, 2011, rispettivamente, 3, 671 e 5, 130.

<sup>10</sup> Già nel testo originario del citato art. 23-bis era garantito, al comma 1, "il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni".

<sup>11</sup> Citata alla nota 9. La sentenza è commentata da C. M. Aiello, *La Consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*, in *Corriere giuridico*, 2011, 781. Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale nella materia si veda S. Musolino, *La disciplina dei servizi pubblici locali nel nuovo titolo V. La giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto per i concorsi*, 2011, 71.

<sup>12</sup> Nello stesso senso Corte cost. 15 giugno 2011, n. 187, in *www.cortecostituzionale.it*. Va ricordato che il Consiglio di Stato, sez. VI, con la decisione 3 aprile 2007, n. 1514, in *Foro amm. CDS*, 2007, 4, 1225, aveva affermato che l'"in house" non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un principio derogatorio di carattere eccezionale che consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento; così che, per quanto concerne i lavori pubblici, e in particolare il settore dei beni culturali, il ricorso all'affidamento "in house" per le attività di progettazione, conservazione e manutenzione non è consentito in assenza di un'espressa previsione normativa in tale senso.

La Corte ha ribadito che la disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ivi compreso il servizio idrico – non può che rientrare nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza, di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), della Cost. (a differenza dei servizi privi di rilevanza economica, che rientrano nella competenza organizzativa di regioni ed enti locali); conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire a una diversa qualificazione<sup>13</sup>.

Il giudice delle leggi ha respinto ogni dubbio di legittimità sulla normativa di riforma anche sotto il profilo comunitario, ribadendo che l'affidamento senza gara è un'eccezione e non la regola del diritto europeo, che vede nella pubblica gara il naturale mezzo per individuare il gestore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La Corte, escludendo espressamente che l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea, ha affermato che esso integra solo “una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare” il “primo comma dell'art. 117 Cost.”.

Ha precisato, poi, che l'introduzione, attraverso il citato art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento 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, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri”.

L'unica censura regionale accolta ha riguardato l'art. 23-bis, comma 10, lett. a), prima parte, dichiarato incostituzionale limitatamente alle parole “l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e”. La Corte ha censurato unicamente lo strumento previsto, in quanto la specifica prescrizione, concernente il patto di stabilità, impatta su un ambito di competenza concorrente (il coordinamento della finanza pubblica, ex art. 117, terzo comma, della Cost.) ed esula, quindi, dalla tutela della concorrenza. Così che la disposizione andava introdotta con fonte di rango primario e non regolamentare, per il divieto previsto dall'art. 117, sesto comma, della Cost..

### **5. La sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24.**

Un gruppo di giuristi aveva elaborato, in materia di servizi pubblici locali, tre quesiti referendari, motivandone analiticamente finalità e ammissibilità in una

---

<sup>13</sup> Secondo Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 922, si è in presenza di servizio pubblico locale a rilevanza economica allorquando il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare a un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (fattispecie relativa all'attività di illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali svolta da un privato per un Comune).

relazione introduttiva intitolata “Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell’acqua”<sup>14</sup>.

L’iniziativa referendaria riguardava essenzialmente il servizio idrico. Nella detta relazione era evidenziato che “I quesiti referendari...sono tesi...a creare i presupposti, in attesa di una legge nazionale, per reintrodurre nell’ordinamento giuridico italiano l’affidamento della gestione dell’acqua ad un soggetto di diritto pubblico” e che “L’obiettivo...si propone in maniera netta di ripubblicizzare il servizio idrico integrato, ponendolo al di fuori delle regole del mercato ed affidando ad un soggetto di diritto pubblico la gestione”<sup>15</sup>.

Il primo dei quesiti presentati, che prevedeva l’abrogazione del citato art. 23-bis e successive modificazioni<sup>16</sup>, viene ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 24/2011<sup>17</sup>, nonostante che la norma riguardasse tutti gli altri servizi pubblici locali diversi dall’idrico (trasporto e rifiuti su tutti).

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

Ha aggiunto che, “all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo...; dall’altro, deriverebbe 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”. Non ha ravvisato, quindi, “impedimenti di natura comunitaria”.

La Corte ha individuato, infine, la *ratio* del quesito “nell’intento di escludere l’applicazione delle norme, contenute nell’art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)”.

---

<sup>14</sup> In [www.acquabenecomune.org](http://www.acquabenecomune.org). Si veda anche T. E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2010, 1, 29.

<sup>15</sup> Egualmente, nelle conclusioni della relazione veniva detto che, con i tre quesiti, “può effettivamente realizzarsi, immediatamente dopo la vittoria referendaria, l’affermarsi anche in Italia del principio fondamentale dell’acqua come bene comune da gestirsi con soggetti di diritto pubblico, fuori dalla logica del mercato, anche nell’interesse delle generazioni future”.

<sup>16</sup> Gli altri due quesiti riguardavano, rispettivamente, l’abrogazione dell’art. 150 del d.lgs. n. 152/2006 - dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n. 25 - e di quella parte del comma 1 dell’art. 154 del d.lgs. n. 152/2006 che afferma che la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico ed è determinata tenendo conto “dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito” - dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n. 26. Entrambe le sentenze sono in *Foro it.*, 2011, 670.

<sup>17</sup> Citata alla nota 9. La richiesta di referendum popolare, rubricata con il n. 1, era stata dichiarata legittima dall’Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di Cassazione, con ordinanza pronunciata il 6 dicembre 2010 e depositata il giorno dopo.

## 6. La situazione immediatamente successiva al referendum.

Il quadro delineato dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e successive modificazioni, nonché dal regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010 si rompe a seguito dell'esito referendario.

Con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113<sup>18</sup>, l'art. 23-bis, nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010<sup>19</sup>, viene abrogato (con efficacia "ex nunc") a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana<sup>20</sup>.

L'abrogazione dell'art. 23-bis ha comportato, conseguentemente, la caducazione - con effetto abrogante con la medesima decorrenza - del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010, adottato sulla base della norma di delega contenuta nel comma 10 del medesimo articolo.

L'assetto che ne consegue immediatamente è quello delineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24/2011<sup>21</sup>:

- a) non rivivono le norme abrogate dall'art. 23-bis;
- b) applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria<sup>22</sup>.

Quindi, innanzitutto, procedura a evidenza pubblica per l'affidamento della gestione.

Poi, l'"in house", pur rimanendo modalità eccezionale di affidamento del servizio<sup>23</sup>, è consentito in favore di società a capitale interamente pubblico, previa

<sup>18</sup> In G.U. n. 167 del 20 luglio 2011.

<sup>19</sup> Citata alla nota 9.

<sup>20</sup> Ossia dal 21 luglio 2011. Sugli effetti dell'esito del referendum si veda: M. Calaresu, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2159; F. Caporale, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1022; L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 906; A. Quieti, *L'incidenza dei Referendum del 12-13 giugno 2011 (in particolare) sulla legislazione in tema di servizio idrico*, in *Amm. italiana*, 2011, 525; I. Rizzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 899; G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.giustamm.it*, n. 6-2011.

<sup>21</sup> Citata alla nota 9.

<sup>22</sup> La Corte, richiamando "l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria", intende riferirsi ai principi del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea e ai principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; entrambi immediatamente operanti negli ordinamenti degli Stati membri.

<sup>23</sup> Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1008 e, nello stesso senso, F. Leggiadro, *op. cit.*, 964. In senso contrario, F. Caporale, *op. cit.*, 1025, secondo cui "Si è tornati...ad un regime di equiordinazione tra affidamento *in house* ed affidamento mediante gara pubblica, senza prevedere alcun limite o presupposto per il ricorso al primo". Cons. Stato, sez. I, parere, 23 marzo 2011, n. 5653 non ritiene possibile l'affidamento diretto da parte di una società "in house" ad una propria società "in house", ossia il cosiddetto "in house" a catena, in quanto << l'"in house providing", costituendo eccezione alle regole generali del diritto comunitario le quali richiedono la previa gara, va interpretato restrittivamente>>.

sussistenza del controllo analogo e del carattere prevalente dell'attività; e senza i vari "paletti" posti dall'art. 23-bis.

Come già rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 325/2010<sup>24</sup>, la normativa comunitaria ammette la gestione diretta dei servizi pubblici nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; sentenze della Corte di giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49<sup>25</sup>, e 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.<sup>26</sup>). In tale ipotesi l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto".

Quanto alle società miste (fenomeno a livello comunitario conosciuto come quello del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato<sup>27</sup>), il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto (riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio), in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha a oggetto la scelta del socio e l'affidamento della specifica missione (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intendono affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita), è stato ammesso dalla Corte di Giustizia CE<sup>28</sup>; la quale, a sua volta, ha aderito alla comunicazione interpretativa della Commissione europea in data 5 febbraio 2008 "sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)"<sup>29</sup>.

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

Viene meno però sia il regime transitorio, ossia le scadenze per la cessazione degli affidamenti non conformi alla nuova disciplina e il processo di privatizzazione previsto, nonché la disposizione transitoria che consentiva alle società quotate in borsa e affidatarie dirette di un servizio di proseguire il rapporto fino alla naturale

---

<sup>24</sup> Citata alla nota 9.

<sup>25</sup> In *Foro amm. CDS*, 2004, 3023.

<sup>26</sup> In *Foro amm. CDS*, 2009, 9, 1933.

<sup>27</sup> Si veda al riguardo G. F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 888.

<sup>28</sup> Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211. Va rilevato che la decisione della Corte di Giustizia è stata anticipata dal legislatore italiano che, con il d.l. n. 135/2009 (del 25 settembre), ha previsto per la prima volta il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto.

<sup>29</sup> Pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008, C91/4. Il modello della gara a doppio oggetto ha avuto anche l'avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 705, commentata da G. Fraccastoro e F. Colapinto, *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Giurisd. amm.*, 2009, I, 214; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12, 611).

scadenza se privatizzate e, in caso di mancata privatizzazione, comunque fino al 2013 o al 2015<sup>30</sup>.

Vengono meno, infine, le disposizioni del regolamento di cui al d.P.R. n. 168/2010, tra cui di rilievo quelle:

- a) sui puntuali criteri per la disciplina delle gare, comprese quelle a doppio oggetto in tema di società miste;
- b) sulle cause di incompatibilità tra le funzioni di affidamento e di regolazione dei servizi pubblici e quelle di gestione;
- c) sull'obbligo per le società "in house" e miste di seguire procedure concorsuali nelle assunzioni di personale.

Non vengono investite dall'esito referendario e restano valide le discipline di settore inerenti la distribuzione del gas e dell'energia elettrica, il trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali, già escluse dall'applicazione dell'art. 23-bis.

### **7. La disciplina introdotta dalla manovra del ferragosto 2011.**

"Un improrogabile intervento del legislatore, auspicabilmente risolutivo" era stato invocato subito dopo l'esito referendario<sup>31</sup>. Lo richiedevano esigenze di certezza normativa<sup>32</sup>, nell'interesse dei gestori, degli utenti e delle amministrazioni; quest'ultime sempre più esposte a rischi di illegittimità e conseguente responsabilità (per fatto illecito e a seguito di danno erariale).

Il 13 agosto 2011 viene pubblicato il d.l. n. 138 in pari data, dal titolo "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo". Si tratta della seconda manovra economica a distanza di un mese dalla prima. E rappresenta la risposta del Governo all'eccezionale situazione di crisi internazionale e di instabilità dei mercati allo scopo di garantire la stabilità del Paese e di rispettare gli impegni assunti in sede di Unione europea, nonché di adottare misure dirette a favorire lo sviluppo e la competitività del Paese e il sostegno dell'occupazione.

L'art. 4 del d.l. n. 138/2011, intitolato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", contiene la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Il contenuto

<sup>30</sup> Sulle società quotate e sui divieti di partecipazione alle gare, di interesse B. Giliberti, *L'esenzione per le società quotate dal divieto di partecipazione alle gare di servizio pubblico locale alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti infragruppo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1399.

<sup>31</sup> I. Rizzo, *op. cit.*, 905. Nello stesso senso F. Caporale, *op. cit.*, 1026.

Due ordini del giorno accolti dal Governo nella seduta dell'Assemblea del 21 giugno 2011, relativi all'atto Camera n. 4357, divenuto l. n. 106/2011 (di conversione del d.l. n. 70/2011, concernente "Semestre europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia"), hanno impegnato il Governo, rispettivamente, "ad attivarsi, al più presto, al fine di adottare provvedimenti, anche normativi, volti a colmare, in maniera organica e sistematica, il vuoto normativo determinatosi, in esito al referendum del 12 e 13 giugno del 2011, in uno dei comparti nevralgici per la crescita del Paese, quale è quello dei servizi pubblici locali...", nonché "ad adottare un provvedimento urgente al fine di ripristinare" i divieti di cui al regime delle incompatibilità indotto dal regolamento n. 168/2010; divieti "indirettamente caduti a seguito delle abrogazioni referendarie, ma non direttamente connesse alla volontà espressa dal corpo elettorale".

<sup>32</sup> Ad esempio, secondo I. Rizzo, *op. cit.*, 905, per consentire l'"in house" è necessario "che a monte vi sia, comunque, una norma che espressamente consenta la possibilità di potersi avvalere di tale modulo gestorio".

del citato art. 4 riceve qualche modifica di tipo marginale in sede di conversione, avvenuta con la l. 14 settembre 2011, n. 148<sup>33</sup>.

Il citato art. 4 riprende qualche contenuto dell'art. 23-bis e legifica, con alcune modifiche, molte delle norme di cui al regolamento approvato con il d.P.R. n. 168/2010, con due differenze di fondo:

a) la nuova normativa non si applica al servizio idrico integrato (con la sola eccezione delle disposizioni in tema di incompatibilità; commi da 19 a 27), oltre che ai soliti settori esclusi, quali il servizio di distribuzione di gas naturale e quello di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario e la gestione delle farmacie comunali (comma 34);

b) in deroga alla procedura competitiva a evidenza pubblica, è consentito l'affidamento a favore di società "in house", a capitale interamente pubblico e in presenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento europeo, solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui; senza la previsione di ulteriori limiti o condizioni (comma 13)<sup>34</sup>. Il che significa che, al di sotto di tale soglia, gli enti possono gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di autoproduzione.

Tuttavia, le società "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali vengono sostanzialmente equiparate a una pubblica amministrazione e, quindi, assoggettate al patto di stabilità interno secondo modalità da definire con un decreto interministeriale [e si prevede che gli enti locali vigilino sull'osservanza, da parte delle società "in house" al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno (comma 14)]; oltre che all'obbligo, assieme alle società miste, di osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e di servizi per l'assunzione del personale (commi 15 e 17).

Al centro della nuova disciplina si colloca la previsione della valutazione da parte degli enti locali, tramite una delibera quadro da adottare entro il 13 agosto 2012<sup>35</sup>, e poi periodicamente e in ogni caso prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, escludendoli da un processo di

---

<sup>33</sup> Sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali si veda: A. Avino, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del D.L. 138/2011?*, in [www.diritto.dei.servizi.pubblici.it](http://www.diritto.dei.servizi.pubblici.it); E. Furno, *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*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9-2011; 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](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2011; M. Lombardo, *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, in [www.diritto.dei.servizi.pubblici.it](http://www.diritto.dei.servizi.pubblici.it); D. Masetti, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9-2011.

<sup>34</sup> Con un parere reso dall'Ufficio legislativo del Ministro per i rapporti con le Regioni e per la coesione territoriale con nota 25 maggio 2011, n. 262/1140, relativamente all'interpretazione da dare alla nozione di "valore economico del servizio oggetto dell'affidamento" di cui all'art. 4, comma 1, del d.P.R. n. 168/2010, si è ritenuto che con essa si intendono "i proventi da tariffa più ogni altro contributo in conto gestione destinato a favore del gestore da parte del soggetto affidante o di terzi, individuati, su base annuale e per l'intero periodo di affidamento, nel piano economico finanziario".

<sup>35</sup> Ossia entro dodici mesi dall'entrata in vigore del d.l. n. 138/2011.

liberalizzazione, con la conseguente attribuzione di diritti di esclusiva, solo se si dimostra che, in base a un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica non sia in grado di assicurare un servizio rispondente ai bisogni della comunità. La relativa delibera ricognitiva deve essere adeguatamente pubblicizzata e inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla l. 10 ottobre 1990, n. 287 (commi da 1 a 4).

In tal modo la legge spinge prioritariamente verso la realizzazione della concorrenza nel mercato, ossia di un processo di liberalizzazione delle attività economiche, il quale ha come contraltare l'eliminazione dei diritti di esclusiva; diritti da attribuire, realizzando la concorrenza per il mercato e quindi previa procedura competitiva a evidenza pubblica, solo in via residuale, qualora una liberalizzazione non riesca a soddisfare i bisogni della comunità che invece consegue benefici dal mantenimento di un regime di esclusiva.

Al successivo comma 5, al fine di eliminare disparità determinate dall'imposizione alle imprese di obblighi di servizio pubblico che possono falsare il gioco della concorrenza, si prescrive che gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di 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, definiscano, 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. I commi 6 e 7 chiariscono, rispettivamente, che l'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali non comporta per i terzi il divieto di produzione dei medesimi servizi per uso proprio (art. 9 della l. n. 287/1990) e che i soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'art. 8, commi 2-bis e 2-quater, della citata l. n. 287/1990.

Il comma 8 stabilisce che, nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intenda procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono 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 affidanti.

Il comma 9 chiarisce che le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive a evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

Il comma 10 prevede il principio di reciprocità per le imprese estere non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea con riguardo alla possibilità di ammissione alle procedure competitive a evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali.

Il comma 11 contiene alcune prescrizioni con riguardo all'indizione delle procedure competitive a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali e in tema di contenuto del bando di gara o della lettera di invito; finalizzate a garantire il rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati. Il comma 12, in particolare, sempre al fine di promuovere e proteggere il detto assetto concorrenziale, indica alcune prescrizioni specifiche per il bando di gara o la lettera di invito concernenti la cosiddetta "gara a doppio oggetto", con la precisazione che al socio privato deve essere conferita una partecipazione alla società mista pubblica e privata non inferiore al 40 per cento.

Il comma 15 prevede che le società "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applichino, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni del codice dei contratti pubblici. Il comma 16 contiene una disposizione tesa ad amalgamare il codice dei contratti pubblici con la possibilità di affidare, ai sensi del comma 12, il servizio a una società mista previa gara con doppio oggetto.

Il comma 17, con specifico riguardo all'assunzione di personale, stabilisce che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, prevedendo, altresì, il divieto di reclutare personale e di conferire incarichi fino all'adozione dei predetti atti. Tale disposizione non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

Il comma 18 sottopone alla vigilanza dell'organo di revisione dell'ente locale affidante la verifica del rispetto del contratto di servizio in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente medesimo.

I commi da 19 a 26 contengono alcune disposizioni tese a distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione. Si tratta, in particolare:

a) di alcune incompatibilità per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili, e loro congiunti, degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, e per coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale;

b) di alcuni divieti alla nomina di amministratore di società partecipate da enti locali;

c) di alcune disposizioni per la nomina dei componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali, sulla falsariga anche di quanto previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 84, commi da 4 a 7, del d.lgs. n. 163/2006).

Il comma 27 chiarisce che le incompatibilità e i divieti di cui ai commi da 19 a 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

Il comma 28 precisa che, ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

I commi 29, 30 e 31 disciplinano, per il caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio.

Si distingue a seconda se i beni strumentali e le loro pertinenze, necessari per la prosecuzione del servizio, siano stati interamente ammortizzati o meno, prevedendo, nel primo caso, che la cessione in favore del gestore subentrante avvenga a titolo gratuito e senza pesi e gravami, essendo stato il relativo investimento già ammortizzato in tariffa. Nella seconda ipotesi, è prevista la corresponsione, da parte del subentrante e a favore del precedente gestore, di un importo pari al valore contabile originario dei beni non ancora ammortizzati, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. E' stato, inoltre, precisato che restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge, nonché sono fatti salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto.

Si prevede poi che il detto importo vada indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione, in modo da rendere conoscibile il dato a chi voglia partecipare alla nuova gara.

Il comma 32 introduce il regime transitorio degli affidamenti attualmente in essere per il graduale passaggio alla nuova disciplina e al fine della progressiva apertura del mercato a favore degli operatori privati. In particolare, fermo restando quanto previsto dall'art. 14, comma 32, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, si prevede che:

a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, 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 a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto a oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto a 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;

c) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure a evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, a 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; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

Il comma 33 introduce taluni divieti funzionali all'operatività del regime transitorio di cui al comma 32 con particolare riferimento ai soggetti titolari di affidamenti diretti.

Il comma 35, infine, fa salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del decreto-legge.

### **8. Il servizio idrico integrato.**

Il servizio idrico integrato è individuato - dall'art. 141, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006, recante "Norme in materia ambientale" (cosiddetto codice ambientale) - 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". Esso "deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie".

L'organizzazione del servizio idrico integrato avviene, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, sulla base degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.) definiti dalle regioni in attuazione della l. 5 gennaio 1994, n. 36.

Le Autorità d'ambito territoriale, previste dall'art. 148 del d.lgs. n. 152/2006, sono state soppresse dall'art. 2, comma 186-bis, della l. 23 dicembre 2009, n. 191<sup>36</sup> e le funzioni già esercitate dalle Autorità, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, devono essere attribuite con legge dalle regioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. La soppressione risulta ad oggi posticipata al 31 dicembre 2011 per effetto dell'art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2011, n. 10 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, del D.P.C.M. 25 marzo 2011.

Agli enti locali spettano - non più attraverso le Autorità d'ambito - le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e del relativo controllo (art. 142, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006).

---

<sup>36</sup> Inserito dall'art. 1, comma 1-quinquies, del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 marzo 2010, n. 42. Secondo Corte cost. 13 aprile 2011, n. 128, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la norma ha riservato al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità nella scelta dei moduli organizzativi, sostitutivi delle Autorità d'ambito territoriale, più adeguati per garantire l'efficienza del servizio idrico integrato.

Per quanto attiene alla titolarità e alla gestione delle reti e degli impianti serventi al servizio idrico integrato, resta pienamente in vigore il principio della necessaria titolarità pubblica delle stesse, ai sensi dell'art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, secondo cui “gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”. E anche la tutela di tali beni demaniali, originariamente rimessa alle Autorità d'ambito ai sensi del comma 2 del citato art. 143, deve oggi intendersi rientrando nelle competenze degli enti locali (nelle forme dell'art. 823, secondo comma, del c.c.).

L'art. 153 del d.lgs. n. 152/2006 prevede (comma 1) il necessario affidamento delle infrastrutture idriche “in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare” (il cosiddetto “comodato d'uso” delle reti idriche) ed altresì che “le immobilizzazioni, le attività e le passività relative al servizio idrico integrato, ivi compresi gli oneri connessi all'ammortamento dei mutui oppure i mutui stessi, al netto degli eventuali contributi a fondo perduto in conto capitale e/o in conto interessi, sono trasferite al soggetto gestore, che subentra nei relativi obblighi” (comma 2).

Il servizio idrico integrato, malgrado l'espunzione, a seguito dell'esito del referendum, dal comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. n. 152/2006 “dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito”, ossia dell'utile di impresa del gestore, dai parametri di determinazione della tariffa (che costituisce il corrispettivo del servizio), mantiene la sua rilevanza economica. Ai sensi del detto comma, infatti, la tariffa è pur sempre “determinata...in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio”.

Il che è in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 26/2011<sup>37</sup>, secondo cui è <<coessenziale alla nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato l'esercizio dell'attività con metodo economico, «nel senso che essa, considerata 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)»>>. Così che “il carattere remunerativo della tariffa non può essere definito elemento caratterizzante la nozione di «rilevanza» economica del servizio idrico integrato”.

Sulla spinta dell'indizione referendaria è stata istituita l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, chiamata a predisporre “il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio «chi inquina

---

<sup>37</sup> Citata alla nota 16.

paga»” [art. 10, commi 11 e 14, lett. d), del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 12 luglio 2011, n. 106].

Quanto alle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato, non applicandosi l’art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 (ad eccezione dei commi da 19 a 27 relativi alle cause di incompatibilità), esse sono, a regime, quelle descritte con riguardo alla situazione immediatamente successiva al referendum al paragrafo 6, al quale si rimanda.

Non opera più quanto previsto dall’art. 150 del d.lgs. n. 152/2006 (dal titolo “Scelta della forma di gestione e procedure di affidamento”), secondo cui “L’Autorità d’ambito, nel rispetto del piano d’ambito e del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all’articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267” (comma 1). La norma è stata in buona parte abrogata sia in modo espresso, sia per incompatibilità, dall’art. 23-bis, direttamente o a mezzo del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010<sup>38</sup>.

E’ possibile affidare la gestione a un soggetto pubblico?

In assoluto all’ente pubblico può consentirsi la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, al fine di svolgere la sua “speciale missione” (espressione tipica del diritto comunitario). La Corte costituzionale, con la sentenza n. 325/2010<sup>39</sup>, ha ribadito che, secondo la propria giurisprudenza, “la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono <<dall’ordinamento una protezione assoluta>> e possono, quindi, subire limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario <<a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti>>”.

La possibilità per l’ente locale di gestire un servizio pubblico in via autonoma, con strutture amministrative proprie e con gli strumenti tipici dell’azione amministrativa, è stata ammessa da giurisprudenza recente del Consiglio di Stato<sup>40</sup>, secondo cui la gestione diretta di un servizio è “sempre praticabile dall’ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario”.

Inoltre, con particolare riguardo al servizio idrico integrato, è perseguibile anche il ricorso all’azienda speciale ai sensi dell’art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 267/2000<sup>41</sup>.

E’ vero che siffatta possibilità non era stata più prevista tra le modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dall’art. 113 del d.lgs. n. 267/2000<sup>42</sup>, e limitata alla gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza

<sup>38</sup> In tal senso Corte cost. n. 25/2011 citata alla nota 16.

<sup>39</sup> Citata alla nota 9.

<sup>40</sup> Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552, in *Foro it.*, 2011, 4, 185.

<sup>41</sup> Secondo cui “L’azienda speciale è ente strumentale dell’ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale”. Nello stesso senso A. Contieri, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell’esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *www.giustamm.it*, n. 9-2011.

<sup>42</sup> Come modificato dall’art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, dall’art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, dall’art. 4, comma 234, della l. 24 dicembre 2003, n.

economica<sup>43</sup>; e che l'art. 35, comma 8, della l. n. 448/2001, e successive modificazioni, aveva prescritto che “Gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali...che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico”.

Tuttavia, le peculiarità del servizio idrico, la caducazione degli impianti normativi disegnati dall'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 e dall'art. 23-bis, l'esito del referendum - tra le finalità dei promotori vi era quella di “reintrodurre nell'ordinamento giuridico italiano l'affidamento della gestione dell'acqua ad un soggetto di diritto pubblico” - nonché l'esclusione dall'applicazione dell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011, inducono a considerare quanto meno conforme al diritto europeo la gestione del detto servizio a mezzo di azienda speciale; ente pubblico strumentale dell'ente locale con autonomia imprenditoriale.

Permane il dubbio se occorra una previsione specifica da parte della legge. Al momento si sono verificate entrambe le ipotesi. Ma è di dubbia compatibilità a Costituzione una legge regionale che affidi in via diretta, e senza limiti di tempo, la gestione del servizio a un ente strumentale regionale<sup>44</sup>.

### **9. Gli altri settori inclusi e quelli esclusi.**

Rientrano nella disciplina posta dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, il trasporto pubblico locale e la gestione dei rifiuti.

In tema di trasporto pubblico regionale e locale dispone l'art. 18 del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni.

Il regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010 aveva soppresso la parola “esclusivamente” al citato art. 18, comma 3-bis, secondo periodo, consentendo, conseguentemente, l'affidamento dei servizi, non solo tramite procedure concorsuali, ma anche direttamente a favore di società “in house” secondo quanto previsto dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008.

Il 3 dicembre 2009 è entrato in vigore il regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, il quale (all'art. 5, paragrafo 2) consente, a meno che non sia vietato dalla

---

350, dall'art. 1, comma 48, della l. 15 dicembre 2004, n. 308, e dall'art. 15 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248.

<sup>43</sup> Dall'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000, dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272, citata alla nota 5.

<sup>44</sup> Si ha notizia (da “Il Manifesto” del 28 settembre 2011) che il Comune di Napoli ha trasformato una società per azioni che gestisce il servizio idrico in Napoli in azienda speciale, denominata Acqua Bene Comune Napoli. Ne fa menzione anche A. Contieri, *op. cit.* Con l.r. della Puglia 20 giugno 2011, n. 11 è stata istituita l'Azienda pubblica regionale denominata “Acquedotto pugliese (AQP)”, a cui è stato affidato il servizio idrico integrato della Puglia (artt. 2 e 5) e che subentra nel patrimonio e in tutti i rapporti attivi e passivi di Acquedotto Pugliese s.p.a.. La legge regionale è stata impugnata dal Governo, ai sensi dell'art. 127, primo comma della Cost., a seguito di delibera assunta dal Consiglio dei ministri nella seduta del 22 luglio 2011.

legislazione nazionale, l'“in house” anche se non vi è la proprietà al 100 per cento da parte dell'autorità pubblica competente; ma sempre a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri<sup>45</sup>.

Con riguardo al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani l'organizzazione avviene, ai sensi dell'art. 200 del d.lgs. n. 152/2006, sulla base degli ambiti territoriali ottimali (A.T.O.) delimitati dalle regioni con il piano regionale di cui al precedente art. 199.

Le Autorità d'ambito territoriale, previste dall'art. 201 del d.lgs. n. 152/2006, sono state soppresse e le funzioni già esercitate dalle Autorità devono essere attribuite con legge dalle regioni, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. La soppressione risulta ad oggi posticipata al 31 dicembre 2011. Al riguardo si rimanda a quanto esposto al paragrafo precedente in tema di servizio idrico integrato.

Sull'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani dispone l'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006, il cui comma 1, in tema di modalità di affidamento, deve intendersi del tutto abrogato ad opera del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010 e a seguito della soppressione delle Autorità d'ambito.

Sono, invece, esclusi dalla disciplina introdotta dal citato art. 4 del d.l. n. 138/2011, ai sensi del comma 34, oltre al servizio idrico integrato a eccezione delle norme sulle incompatibilità (commi da 19 a 27):

- a) il servizio di distribuzione del gas naturale, di cui al d.lgs. n. 164/2000;
- b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e alla l. 23 agosto 2004, n. 239;
- c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al d.lgs. n. 422/1997<sup>46</sup>;
- d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2 aprile 1968, n. 475.

<sup>45</sup> L'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1370/2007 era stata di poco anticipata per effetto di due interventi normativi:

- l'art. 61 della l. n. 99/2009 aveva previsto che, “Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007” e che “Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatarie di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”;

- l'art. 4-bis del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, e successive modificazioni, aveva disposto che, “Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo” e che “Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano”.

<sup>46</sup> Secondo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (nota del presidente in data 11 gennaio 2011, in *Bollettino settimanale*, anno XXI-n. 2, pubblicato sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it) il 31 gennaio 2011), siffatta esclusione – già prevista dall'art. 1, comma 3, lett. c), del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010 – rafforza un'interpretazione estensiva del citato art. 23-bis tale da ricomprendere anche i servizi pubblici regionali.

Quanto al servizio (pubblico) di distribuzione del gas, si tratta di settore che già da tempo si è dato una disciplina pro-concorrenziale; tra l'altro, in attuazione di specifica normativa comunitaria (direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale). L'affidamento avviene esclusivamente previa gara (non è consentito l'"in house") e l'aggiudicatario lo esercita in situazione di monopolio (si dice, infatti, che il gas costituisce un monopolio naturale). La liberalizzazione, invece, ha riguardato l'attività di vendita, che è libera e soggetta ad autorizzazione<sup>47</sup>.

Lo stesso accade nell'energia elettrica, laddove la produzione è stata distinta dalla trasmissione e dalla distribuzione. Ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 79/1999, "le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto"; mentre "le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale" e "l'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato". Alla competenza dello Stato in tema di concessione consegue la non riconducibilità nel novero dei servizi pubblici locali.

### **10. Le ulteriori privatizzazioni.**

Oltre a quanto disposto dai commi 12 e 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, vi sono due ulteriori disposizioni volte alle privatizzazioni.

Il successivo art. 5 contiene "Norme in materia di società municipalizzate".

Il comma 1 introduce un meccanismo premiale a beneficio di chi privatizza, al fine di incentivare la dismissione di partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, diversi dal servizio idrico.

I comuni, le province e le regioni che dismettono le dette partecipazioni potranno utilizzare la somma di 500 milioni di euro prelevata dal Fondo infrastrutture di cui all'art. 6-quinquies del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, da spendere per la realizzazione di nuove infrastrutture. La prima parte di finanziamento, pari a 250 milioni di euro, potrà essere fruita solo per il 2013, mentre la seconda parte, pari a ulteriori 250 milioni di euro, è prevista per il 2014; a favore degli enti che procedono alle dismissioni, rispettivamente, entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013. Si tratta di quota di finanziamento non gravata dal patto di stabilità e che non potrà superare i proventi della dismissione effettuata.

Il comma 27 dell'art. 16 del citato d.l. n. 138/2011 novella l'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, e successive modificazioni, anticipando di un anno, dal 31 dicembre 2013 al 31 dicembre 2012, il

---

<sup>47</sup> Ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000, "L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico. Il servizio è affidato esclusivamente mediante gara per periodi non superiori a dodici anni"; mentre, ai sensi del precedente art. 1, comma 1, "...le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, in qualunque sua forma e comunque utilizzato, sono libere".

termine entro il quale i comuni sotto i 30.000 abitanti devono liquidare o cedere le partecipazioni delle società già costituite, ad eccezione di quelle virtuose<sup>48</sup>.

Il citato art. 14, comma 32 - il quale ha disposto, innanzitutto, il divieto di costituire società per i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti e viene espressamente fatto salvo dal comma 32 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 in tema di regime transitorio degli affidamenti non conformi alle nuove norme - ha previsto, inoltre, che:

a) la disposizione “non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti”;

b) “i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società”;

c) “entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite”.

### **11. Alcune criticità.**

1. Le disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 pongono alcune criticità, a prescindere dai dubbi di incostituzionalità della nuova normativa, che non sembrano sussistere anche se il quesito referendario aveva a oggetto l'abrogazione dell'intero art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008<sup>49</sup>. Le norme riproposte del citato art. 23-bis sono espressione di principi e normativa comunitaria e quelle contenute nel regolamento approvato con il d.P.R. n. 168/2010, come le regole sulle gare e il regime delle incompatibilità, sono cadute solo indirettamente (per effetto dell'abrogazione dell'art. 23-bis) e non a seguito della volontà espressa dal corpo elettorale; volontà che risulta rispettata con la prevista esclusione del servizio idrico integrato<sup>50</sup>.

2. Innanzitutto, non è stata riprodotta la clausola di prevalenza delle disposizioni generali rispetto a quelle di settore incompatibili, contenuta nel comma 1 del citato art. 23-bis, secondo cui “Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”. Con la conseguenza che il rapporto tra le nuove norme e quelle di

---

<sup>48</sup> Ossia di quelle che: “a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime”.

<sup>49</sup> Ne “Il Manifesto” del 28 settembre 2011 viene detto che sarebbe stata calpestata “la volontà referendaria e il principio della sovranità popolare”. Si rimanda, al riguardo, a R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2342.

<sup>50</sup> Secondo R. Pinardi, *op. cit.*, 2368 e 2371, “l'intervento successivo del legislatore ordinario dovrà considerarsi...*legittimo* nel caso in cui la nuova legge venga adottata con efficacia proiettata solo per il futuro ed in ragione del sopraggiungere di nuove condizioni oggettive concernenti la materia sottoposta a *referendum*” e “il Parlamento risulta libero, da un punto di vista giuridico e costituzionale, di adottare una disciplina (sostanzialmente) analoga a quella abrogata dal corpo referendario..., assumendosene, tuttavia, la correlativa responsabilità politica di fronte agli elettori”.

settore si configura come un ordinario rapporto tra norma generale e norma settoriale; quest'ultima prevalente su quelle generali anche se posteriori.

Il che assume rilievo nel trasporto pubblico locale con riguardo alle norme di settore contenute nell'art. 61 della l. n. 99/2009 e nel regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, in vigore dal 3 dicembre 2009.

In assenza della citata clausola di prevalenza, applicando il principio secondo cui la legge speciale deroga a quella generale, la disposizione di cui al comma 13 del citato d.l. n. 138/2011, in tema condizioni legittimanti il ricorso all'affidamento "in house", non troverebbe applicazione nel trasporto pubblico locale.

3. La possibilità di affidare direttamente a società "in house", prevista dal comma 13 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011, viene del tutto liberalizzata "se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui"; senza alcun controllo né sulla soglia né sui requisiti dell'"in house". Ma si tratta di scelta legislativa conseguente a un giudizio di rilevanza; oltre la soglia, la procedura competitiva a evidenza pubblica assume carattere necessitato.

4. Il rinvio da parte del comma 14 del citato art. 4 all'emanazione di un decreto interministeriale, per definire le modalità di assoggettamento al patto di stabilità interno per le società "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali, potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionale se si considera come disciplina di dettaglio in una materia, quale quella del "coordinamento della finanza pubblica", attribuita alla competenza legislativa concorrente (dall'art. 117, terzo comma, della Cost.); nella quale allo Stato è consentito solo determinare i principi fondamentali<sup>51</sup>.

5. Il comma 32 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011, in tema di regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal decreto stesso, dispone, all'inizio, che resta fermo quanto previsto dall'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010, e successive modificazioni.

La domanda che ne consegue è necessitata: il citato art. 14, comma 32, si applica ai servizi pubblici locali?<sup>52</sup>

Se la risposta fosse affermativa verrebbe meno in gran parte l'operatività della riforma, dato che il ricorso alla costituzione di società miste e di società "in house" - nei casi e con i limiti consentiti dai commi 12 e 13 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 - sarebbe enormemente ridotto. I comuni con meno di 30.000 abitanti non possono costituire società e devono, entro il 31 dicembre 2012, liquidare le società già costituite o cederne le partecipazioni, con esclusione solo delle società

<sup>51</sup> Si veda Corte cost. n. 325/2010, citata alla nota 9. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 15, comma 2, lett. e), della l. 23 agosto 1988, n. 400, "Il Governo non può, mediante decreto-legge...ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento". Ma qui la nuova norma è diversa da quella contenuta nel citato art. 23-bis, comma 10, lett. a), dichiarata incostituzionale dalla Corte con la detta sentenza.

<sup>52</sup> L'art. 20, comma 13, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, ha soppresso l'ultimo periodo del citato art. 14, comma 32, il quale demandava all'emanazione di un decreto interministeriale la determinazione di "ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione".

considerate virtuose; fanno eccezione le società costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti. I comuni tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società ed, entro il 31 dicembre 2011, devono liquidare le altre società.

Tuttavia, all'inizio dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010 vi è il seguente inciso: "Fermo restando quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244". Ora, mentre il primo periodo del detto comma 27 fa divieto alle pubbliche amministrazioni di costituire "società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali" e di "assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società", il secondo periodo prevede che "È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale".

Quest'ultima possibilità, che rimane espressamente ferma nella dizione iniziale del citato art. 14, comma 32, e l'equiparazione tra servizi di interesse generale (nozione di derivazione comunitaria) e servizi pubblici comportano che il medesimo articolo non sembra applicabile alla normativa a regime introdotta dal citato art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Ne consegue che la disciplina di cui al citato art. 14, comma 32, si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica solo per quanto riguarda il regime transitorio stabilito dal citato art. 4 del d.l. n. 138/2011. Nel senso seguente.

Se si verifica la cessazione dell'affidamento alle date indicate dal citato art. 4, comma 32, del d.l. n. 138/2011, alla società (non più affidataria) e al comune si applica quanto disposto dal citato art. 14, comma 32; in caso contrario gli affidamenti cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio e non si applica l'art. 14, comma 32.

Diversamente opinando – ossia ritenendo l'applicazione del citato art. 14, comma 32, anche ai servizi pubblici locali – l'affidamento a società mista, previa gara a doppio oggetto e con almeno il 40 per cento al privato, nonché a società "in house" avrebbe piena operatività solo per i comuni con più di 50.000 abitanti, mentre per gli altri si dovrebbe procedere all'affidamento esclusivamente previa gara e senza poter ricorrere al partenariato.

6. Il comma 33 del citato art. 4 ha riprodotto il comma 9 del citato art. 23-bis<sup>53</sup>, in tema di divieti in capo agli affidatari diretti e alle società miste. Tuttavia, il divieto per le società miste, sempreché costituite previa gara cosiddetta a doppio oggetto, è di dubbia compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con le libertà di erogazione dei servizi e di circolazione dei capitali. Tanto è vero che è stato disapplicato dal Consiglio di Stato in quanto contrario ai principi comunitari (trattandosi pur sempre di procedura a evidenza pubblica)<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> La norma era stata recentemente modificata dall'art. 8, comma 5, lett. e), del d.l. n. 70/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 106/2011.

<sup>54</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Di rilievo il passo seguente: "...detto affidamento a società mista costituita riusciva, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, per cui sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi

7. Interamente riprodotto è anche l'ultimo periodo del comma 9 del citato art. 23-bis da parte dell'ultimo periodo del comma 33 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011<sup>55</sup>. Le difficoltà conseguono all'individuazione della "prima gara successiva alla cessazione del servizio" che, se riferita al servizio in affidamento diretto, sarebbe inapplicabile in quanto una volta cessato l'affidamento diretto il soggetto affidatario ritorna "in bonis", essendo parificato a chiunque intenda partecipare a una gara.

La disposizione, ad avviso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>56</sup>, pone "condizioni eccessivamente restrittive", finendo - in alcuni settori, quale il trasporto pubblico locale - "per limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara, e favorendo l'aggiudicazione al precedente affidatario, spesso l'unico partecipante alla gara". Sulla strada della liberalizzazione si potrebbe prevedere la possibilità per i soggetti affidatari diretti di concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nella fase finale del loro affidamento, a condizione che sia stata indetta la gara per il nuovo affidamento del servizio da essi gestito o l'ente abbia deciso di procedere a un nuovo affidamento "in house" ai sensi del comma 13 dell'art. 4 del citato d.l. n. 138/2011 ma in favore di soggetto diverso.

8. Infine, la detta Autorità ha segnalato anche la mancanza di "misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio" sotto forma di valutazioni di "benchmarking" che, a prescindere dalla natura (pubblica o privata) del gestore, accompagnino il processo di riforma dei servizi pubblici locali. Di qui la necessità di misure volte ad assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi stessi e a effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, oltre che ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni contenute nel citato art. 4 del d.l. n. 138/2011 (soprattutto in ambito di regime transitorio; comma 32).

## 12. Considerazioni.

---

dettati dall'U.e. in materia [v. comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici (p.p.p.i.) 2008/C91/02 in G.u. U.e. del 12 aprile 2008], l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto".

Si ricorda che l'art. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, nella parte in cui prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di servizi strumentali all'attività da esse svolta, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e non possono svolgere prestazioni (lavori, servizi e forniture) a favore di altri soggetti pubblici o privati né partecipare ad altre società o enti, riguarda le sole società costituite o partecipate dalle amministrazioni locali per la produzione di servizi strumentali alla loro attività e, quindi, in funzione e a supporto della stessa; e non anche le società, sia a totale capitale pubblico, sia miste, costituite per lo svolgimento di servizi pubblici locali (Cons. Stato: ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2011; sez. V, 11 gennaio 2011, n. 77, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1, 155).

<sup>55</sup> Secondo cui "I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti". Si tratta di norma inserita a seguito di un emendamento presentato in Senato in sede di esame del disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 135/2009.

<sup>56</sup> Nota del presidente dell'Autorità in data 26 agosto 2001, indirizzata ai presidenti di Senato e Camera e al presidente del Consiglio dei ministri, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 22 della l. n. 287/1990, ad oggetto <<AS864 – Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo">>.

La riforma dei servizi pubblici locali, introdotta dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, in apertura della XVI legislatura, aveva modificato il vecchio art. 113 del d.lgs. n. 267/2000; nonostante che quest'ultima disposizione fosse stata novellata nel 2003, era tuttavia da tempo sentita e dibattuta in sede politica l'esigenza di un nuovo intervento in senso pro-concorrenziale. Anche nel corso della XV legislatura il dibattito sulla riforma dei servizi pubblici locali era stato particolarmente acceso, senza tuttavia che fosse stato raggiunto alcun utile risultato al di là della presentazione di alcuni disegni di legge, anche di iniziativa governativa, rimasti senza esito (d.d.l. AS 772); ciò, non tanto per l'anticipata interruzione della legislatura medesima, ma soprattutto per la mancanza di accordo tra le forze parlamentari che componevano la stessa maggioranza governativa su un tema così spinoso.

La comparsa del citato art. 23-bis, a mezzo di un emendamento introdotto nel corso dei lavori parlamentari di conversione del d.l. n. 112/2008, ha consentito di gettare le basi della nuova riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per far compiere un ulteriore passo verso la piena conformità ai principi comunitari; riforma, da un lato, finalizzata a favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, da attuare con l'erosione di alcune sacche di resistenza, dall'altro, volta a garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali ad assicurare un adeguato livello di tutela degli utenti.

L'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, continua lo spirito della riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che nel 2008 aveva portato all'art. 23-bis ed è proteso verso la piena conformità ai principi comunitari, ancora una volta ribaditi: "rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi" e "universalità e accessibilità del servizio" (art. 4, comma 1). Ciò sempre nella convinzione, di matrice comunitaria, che la tutela della libera concorrenza produce effetti benefici non solo per il mercato, e quindi per le imprese di settore che vi operano, ma per gli stessi utenti, destinatari dei servizi.

Anche la nuova normativa si muove verso una seria apertura al mercato, salvaguardando però le esigenze di gestione pubblica nel settore del servizio idrico, nel rispetto e in conformità della volontà espressa con il referendum. Fissa, inoltre, un quadro regolatorio che ha l'obiettivo di dare organicità alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, partendo dalla puntuale disciplina delle modalità di affidamento e di gestione, dei contenuti dei bandi di gara e delle lettere di invito (ossia delle regole di gara) e delle incompatibilità nell'esigenza di separare le funzioni di regolazione da quelle di gestione, nonché delineando un nuovo chiaro regime transitorio; in un settore non completamente aperto alla concorrenza e alla trasparenza, oltre che caratterizzato da un rapporto costo=qualità del servizio ancora inadeguato.

Liberalizzazioni e privatizzazioni - nello scopo di rilanciare lo sviluppo in un momento di crisi economica e finanziaria - costituiscono i due punti salienti intorno a cui ruota tutto il citato art. 4 del d.l. n. 138/2011<sup>57</sup>.

Innanzitutto le liberalizzazioni.

La legge prevede un meccanismo premiale sul piano finanziario, ai fini del patto di stabilità, per quegli enti che procedono alla liberalizzazione dei servizi pubblici<sup>58</sup>.

L'art. 3 del citato d.l. n. 138/2011, dopo avere prescritto, al comma 1, che "Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti 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" nei soli casi indicati, dispone, al comma 4, che "L'adeguamento di Comuni, Province e Regioni all'obbligo di cui al comma 1 costituisce elemento di valutazione della virtuosità dei predetti" enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.l. n. 98/2011, convertito dalla l. n. 111/2011, ai fini dell'adeguamento agli obiettivi di finanza pubblica.

Eguale, con riguardo al trasporto pubblico locale, è considerato criterio di virtuosità - ai fini della ripartizione dal 2012 del 50 per cento delle risorse del fondo per il finanziamento del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario, istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze - "l'attribuzione della gestione dei servizi di trasporto con procedura ad evidenza pubblica" (art. 1, comma 13, del citato d.l. n. 138/2011<sup>59</sup>).

Un vero sistema di liberalizzazioni presuppone l'eliminazione o la limitazione dei casi di gestione in regime di esclusiva. Il che corrisponde a quanto disposto ai commi 1, 2, 3, 4 e 8 del citato art. 4 del d.l. n. 138/2011.

E' un buon inizio, anche se il tutto è rimesso all'iniziativa degli enti locali in sede di verifica e di adozione della delibera quadro di cui ai commi da 1 a 4 del citato art. 4. Ossia un punto saliente della riforma, oltre che centrale nelle politiche europee di stabilità e di sviluppo, dipende da attività, conseguente all'esercizio di discrezionalità tecnica, rimessa all'iniziativa degli enti locali, senza garanzie di uniformità e omogeneità, e senza prevedere meccanismi sanzionatori nel caso in cui non si proceda alla verifica o non si adotti la delibera quadro; la quale ultima va inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma solo ai fini della relazione al Parlamento.

---

<sup>57</sup> Ne "Il Sole 24 Ore" del 30 settembre 2011 si legge che per la Banca centrale europea (Bce) "è necessaria <<la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali. Questo dovrebbe applicarsi in particolare alla fornitura di servizi locali attraverso privatizzazioni su vasta scala>>". Almunia, vice presidente della Commissione europea, nel suo intervento introduttivo in una conferenza svoltasi a Brugge il 30 settembre 2011 sulla riforma delle regole in materia di aiuti di Stato in ambito di servizi di interesse economico generale, ha preliminarmente ricordato come tali servizi costituiscano uno dei pilastri del modello sociale europeo e che la riforma degli stessi rappresenti una delle priorità del proprio mandato, resa ancora più urgente e orientata verso servizi pubblici migliori ed efficienti a causa dell'incertezza determinata dall'attuale crisi economica. Ha evidenziato poi che l'attuale crisi, con la conseguente riduzione della spesa, induce i responsabili politici a progettare e a fornire servizi pubblici più efficaci ed efficienti.

<sup>58</sup> M. Lombardo, *op. cit.*

<sup>59</sup> Che ha modificato l'art. 21, comma 3, del d.l. n. 98/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011.

Ben venga la maggiore autonomia attribuita agli enti locali, anche in attuazione dei principi costituzionali di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza (art. 118, primo e quarto comma, della Cost.). Ma c'è da rimanere perplessi sui risultati pratici quanto meno sulla base di esperienze pregresse. La previsione di incentivi è una buona idea ma da sola non basta se l'iniziativa degli enti locali non viene coadiuvata e assicurata con interventi legislativi, che almeno indichino i criteri da seguire e le conseguenze in caso di violazione o inottemperanza<sup>60</sup>.

Quanto alle privatizzazioni si continua la strada intrapresa con il citato art. 23-bis, escludendo il servizio idrico. Ma il fenomeno va coordinato, relativamente alle società comunali, con i limiti e i vincoli imposti dall'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122/2010; norma quest'ultima che se applicabile ai servizi pubblici locali ridimensionerebbe notevolmente l'impatto della nuova disciplina. Laddove si consideri che le società che erogano servizi pubblici locali sono circa il 30 per cento delle società comunali - così che la mancata applicazione, nel relativo settore, del citato art. 14, comma 32, non sarebbe così dirimpente - e i comuni sotto i 5.000 abitanti sono oltre il 70 per cento dei circa 8.000 comuni italiani.

La regolazione, recentemente prevista per il servizio idrico con la costituzione dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua<sup>61</sup>, è esigenza non solo di quel servizio ma di tutti i servizi pubblici locali; e quindi anche della gestione dei rifiuti e del trasporto. Le regole della gestione devono essere fissate da un soggetto distinto sia dagli operatori che dai soggetti pubblici affidanti; al quale demandare pure compiti di vigilanza e controllo.

Esigenze peculiari dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono:

- a) il principio di concorrenza;
- b) l'efficienza del servizio nell'interesse degli utenti;
- c) l'efficacia e l'economicità del servizio, tenendo conto sia degli interessi della collettività di riferimento che di quelli degli operatori.

La recente riforma tiene presente soprattutto la prima e la realizza. Ma la soddisfazione delle altre due esigenze è perseguita, indirettamente, come conseguenza dalla realizzazione di un sistema liberalizzato o comunque concorrenziale. Il che non è sempre così, perché né la concorrenza nel mercato né la concorrenza per il mercato garantiscono efficienza ed efficacia della gestione del servizio, nonché economicità delle tariffe; in mancanza, soprattutto, di un sistema chiaro e definito di regole di gestione e di un soggetto (terzo) deputato al controllo e

---

<sup>60</sup> "Elementi di criticità legati a diverse difficoltà interpretative ed applicative, che necessitano di opportuni chiarimenti e di specifici strumenti, onde rendere univoche e coerenti le scelte degli enti locali con il combinato disposto delle discipline di riferimento", sono stati segnalati dall'Associazione nazionale comuni italiani (Anci) con una nota del suo presidente in data 19 settembre 2011.

<sup>61</sup> L'Agenzia è stata istituita "Al fine di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse degli utenti, alla regolare determinazione e adeguamento delle tariffe, nonché alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici" (art. 10, comma 11, del d.l. n. 70/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 106/2011).

alla vigilanza sulla gestione stessa. E poi sussiste sempre l'ipotesi della gestione da parte di soggetti pubblici o privati "in house" affidatari diretti.

Restano poi ancora aperte alcune problematiche conseguenti all'abrogazione delle Autorità d'ambito nei servizi idrico e nei rifiuti con la conseguente regionalizzazione delle decisioni in materia e quelle attinenti alle tariffe dei servizi. Il che si ripercuote sui soggetti gestori, determinando difficoltà nell'accesso al credito con lo stallo negli investimenti che ne deriva.

### **13. Conclusioni.**

Dal 2008 al 2011 i servizi pubblici locali di rilevanza economica hanno rappresentato un settore in continuo dinamismo normativo.

Il 2008 è stato l'anno dell'art. 23-bis<sup>62</sup>, il 2009 l'anno del citato d.l. n. 135/2009 (anche detto decreto Ronchi o salva infrazioni), il 2010 l'anno del regolamento approvato con d.P.R. n. 168/2010 e il 2011 l'anno della riforma di cui al citato art. 4 del d.l. n. 138/2011. E non è ancora finita prospettandosi ulteriori interventi nella materia in un imminente nuovo decreto sviluppo.

Nel mezzo sono intervenute rilevanti sentenze della Corte costituzionale (nel 2010 e all'inizio del 2011) e il referendum del 12 e 13 giugno 2011.

Il referendum ha avuto quanto meno il merito di riproporre la problematica dell'assetto dei servizi pubblici<sup>63</sup>.

Il 113 era il numero del d.P.R. (in data 18 luglio 2011) che ha abrogato, a seguito del referendum popolare, il citato art. 23-bis. Sembra un paradosso ma il d.P.R. n. 113 ha rappresentato un allarme per il Governo, che meno di un mese dopo ha effettuato un "pronto intervento" con il citato art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Forse non si arriverà mai a "una riforma organica e completa" della materia<sup>64</sup>. Significherebbe pervenire alla quadratura del cerchio in un settore nel quale si confrontano interessi contrapposti, quali quelli degli enti locali, dei soggetti gestori e degli utenti dei servizi, spesso legati a esigenze e a dinamiche in continuo divenire; in un settore intorno al quale ruota tutto il diritto amministrativo, interno ed europeo, con i suoi principi, le sue regole e le sue norme.

Così che, senza pretese di organicità e completezza, al legislatore non resta che avanzare per piccoli passi nell'attuazione dei principi e nell'emanazione di norme finalizzate al miglioramento del sistema. I piccoli passi ci sono ma sono diventati troppo frequenti, a discapito di esigenze di certezza e di stabilità del diritto e con conseguenti ripercussioni in ambito applicativo.

Ma per chi si interessa della materia almeno un risultato è garantito: quello di "non morire di noia".

---

<sup>62</sup> Del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008.

<sup>63</sup> In tal senso G. Rossi, *op. cit.*.

<sup>64</sup> E. Furno, *op. cit.*, invoca "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".