

Servizi pubblici locali

Brevi considerazioni sulle nuove opportunità alla luce dell'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012

A cura dell'Avv. Laura Lunghi

Nella sentenza n. 199 del 20 luglio 2012 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 4 del decreto legge n. 138/2011 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", convertito con la legge n. 148/2011, bocciando quindi – su istanza di cinque regioni (Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e della Regione autonoma della Sardegna) la vigente normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tale normativa era stata adottata dal Governo al fine di colmare il vuoto normativo determinatosi a seguito del referendum popolare con il quale era stata sancita l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 - recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - e di adeguare la normativa nazionale sia all'esito referendario che alla normativa europea.

La Corte costituzionale rileva che la norma censurata contiene una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata ed in qualche modo, riprodotto della stessa, in vari aspetti.

Tra i principali, rende più lontana l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, limitando, in via generale, *"l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità"* (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ed ancorandola al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

Tale effetto è peraltro contrario alla normativa comunitaria che consente (come ribadito dalla Consulta *ex multis* nella sentenza n. 325 del 2010) la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, se l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" - il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici - ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

La Corte costituzionale, dunque, giudica la nuova disciplina - in quanto riprodotto della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011 - incostituzionale per violazione dell'art. 75 della Costituzione.

Segue la riapertura di un lungo percorso di assestamento della disciplina in materia che sembra ancora non assestarsi dall'entrata in vigore della legge 142 del 1990.

Ora, appare opportuno sottolineare che il tema dei servizi pubblici locali ha subito nel corso degli ultimi anni una serie di rilevanti modifiche che hanno riguardato non tanto aspetti di natura ordinamentale connessi alla

“rubricazione” dei servizi pubblici locali nel più ampio genere “servizi pubblici”¹, quanto aspetti di natura organizzativa relativi alle modalità di affidamento e gestione del servizio, dunque ai presupposti per l’affidamento del servizio, alle procedure connesse alla scelta da parte dell’Ente di una o l’altra forma di gestione, alla costituzione delle società affidatarie ed il loro oggetto, all’ambito della partecipazione, etc..

Tali modifiche sono state possibili perchè l’assetto costituzionale italiano lo ha consentito – a partire dalla l. cost. n. 3/2001 - riconoscendo agli Enti locali il potere di individuare le finalità di interesse pubblico della comunità amministrata e disporle secondo una scala di valori da soddisfare “*con qualsiasi strumento consentito dall’ordinamento nei limiti dei mezzi finanziari disponibili ed utilizzabili secondo i vincoli di contabilità pubblica, con una attività che rispetti i principi posti soprattutto dagli articoli 3, 81 e 97 della Costituzione*”².

In questa prospettiva, l’ordinamento lascia libero l’Ente locale nella scelta della modalità di gestione del servizio, ammettendone l’esternalizzazione seppure con una serie di vincoli. Il primo gruppo di vincoli è posto dalla legislazione, segnatamente dai principi contabili che regolano il funzionamento degli Enti locali, dalla legislazione del patto di stabilità, dai criteri di efficienza, efficacia e proporzionalità, dalle norme che vietano agli stessi Enti di costituire società e assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni in società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali³. Il secondo gruppo di vincoli è posto dalla giurisprudenza, dunque, il dettato del giudice costituzionale⁴ in tema di concorrenza che ammette la possibilità degli ordinamenti nazionali di prevedere discipline anche più restrittive di quella comunitaria⁵.

1 Sul tema v. Dossier Servizi Pubblici Locali e Società Pubbliche del 28/07/2010.

2 Deliberazione n. 85 del 2008 Sez. regionale di controllo della Corte dei conti per la Regione Lombardia.

3 I limiti alla costituzione di società sono posti dall’art. 13 del d. l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248 e dalla legge finanziaria 2008, in particolare all’art. 3, comma 27.

4 Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010 che riconosce come la Corte di Giustizia ha continuato ad inquadrare l’affidamento in house tra i moduli di autorganizzazione dell’amministrazione, mentre la giurisprudenza ed il legislatore nazionali hanno configurato l’in house providing come ipotesi derogatoria ed eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati con rigore in quanto deroga alle regole generali del diritto comunitario imperniate sul modello della competizione aperta.

5 Il leading case è la nota sentenza Teckal del 18 novembre 1999, in cui la Corte di giustizia ha indicato per la prima volta i due presupposti che legittimano un affidamento diretto di servizi pubblici: 1) il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi che l’amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sull’aggiudicatario e 2) la realizzazione da parte di quest’ultimo della maggior parte della propria attività in favore dell’ente pubblico di appartenenza. Altra pronuncia cardine è la sentenza Stadt Halle dell’11 gennaio 2005, nella quale la Corte, interpretando in senso restrittivo eventuali deroghe all’applicazione delle norme comunitarie, ha precisato che la presenza, seppur minoritaria e trascurabile, di soci privati nella compagine gestoria amministrativa del soggetto aggiudicatore è tale da imporre il previo esperimento del procedimento di gara contemplato dalle direttive comunitarie. Con la decisione 21 luglio 2005, causa Co.Na.Me., la Corte ribalta la precedente posizione ed esclude la perseguibilità di affidamenti in house ogniqualvolta il soggetto aggiudicatore è partecipato da privati che di fatto impedirebbero il “controllo analogo” necessario affinché si possa procedere ad un affidamento diretto.

La Corte di giustizia, poi, con la successiva sentenza Parking Brixen del 13 ottobre 2005, si è spinta ancora oltre, giudicando non conforme al modello in house una società a capitale interamente pubblico, per l’assenza del requisito del controllo analogo. Conseguentemente, sono stati nuovamente elencati gli indici rivelatori negativi al cui sussistere è esclusa la praticabilità del “controllo analogo”: a) la possibilità dell’ampliamento dell’oggetto sociale ovvero l’esistenza di un oggetto sociale inclusivo di attività diverse da quelle affidate direttamente; b) l’espansione territoriale dell’attività a tutto lo Stato e all’estero o di una capacità di agire territorialmente più ampia dei confini dell’amministrazione o di

Come anticipato, l'antesignano normativo è l'art. 22 della l. 142/1990, poi confluito negli artt. 112 e 113 del d.lgs. 267/2000 recante il testo unico per gli enti locali.

L'art. 112 del testo unico afferma che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte alla realizzazione di fini sociali, nonché a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. L'art. 113, così come formulato originariamente, prevedeva, indipendentemente dalla rilevanza economica o meno dei servizi, la possibilità per gli enti locali sia di ricorrere alla gestione in economia sia di affidare la gestione dei servizi pubblici locali in concessione anche a società per azioni a prevalente capitale pubblico.

L'art. 35 della l. 448 del 2001- la legge finanziaria per il 2002- ha modificato la materia, riformando la disciplina contenuta nell'art. 113 ed introducendo l'art. 113 bis, provvedendo in tal modo a distinguere le formule da adottare per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale da quelle per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale.

Una riforma che mirava ad assicurare l'apertura del mercato dei servizi pubblici di rilevanza industriale ed il rispetto dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi e soprattutto della libera concorrenza.

L'art. 113 così come novellato, abrogando la gestione in economia ammissibile, invece, per i soli servizi pubblici privi di rilevanza industriale, continuava a non assicurare un effettivo mercato concorrenziale dei servizi pubblici locali, perché non obbligava le amministrazioni a ricorrere alle gare per l'affidamento del servizio sia a privati contraenti che a società miste, ma rendeva tale procedura soltanto alternativa all'affidamento diretto.

Tale contrasto tra disciplina italiana e disciplina comunitaria ha creato i presupposti per l'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione comunitaria nel 2002, in seguito al quale si è avvertita la necessità di un ulteriore intervento di riforma con una nuova formulazione dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000 ad opera dell'art. 14 del d.l. 269/2003 e dell'art. 4 della l. 350/2003- legge finanziaria per il 2004-.

Queste due norme hanno sostituito il criterio della rilevanza industriale con quello della rilevanza economica e riformulato le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, stabilendo che la titolarità dei servizi pubblici può essere conferita a società di capitali individuate attraverso gare ad evidenza pubblica, a società miste i cui soci privati siano scelti sulla base di procedure ad evidenza pubblica oppure a società con capitale interamente pubblico, purché svolgano la parte più importante della loro attività proprio con l'ente pubblico titolare del capitale e quest'ultimo eserciti su di esse un controllo analogo alla gestione diretta. Come si è anticipato, sono alternative organizzative, rimesse totalmente all'ente locale.

Da tali interventi si coglie come, nell'arco di un processo riformatore durato circa un ventennio ed ancora in corso, il legislatore italiano abbia prima separato i servizi di rilevanza industriale ed i servizi privi di rilevanza industriale, poi fissato il vincolo pubblico alla proprietà delle reti e la distinzione tra gestione delle reti e gestione del servizio, poi previsto l'utilizzo di due modelli di gestione della rete, individuati

poteri degli organi gestionali autonomi dall'amministrazione azionista.; c) l'apertura obbligatoria della società al capitale privato. In altre due sentenze di estrema rilevanza (caso AMTAB del 6 aprile 2006 e Carbotermo dell'11 maggio 2006), la Corte di Giustizia ha ribadito la sua interpretazione restrittiva dei presupposti che legittimano l'affidamento diretto a società di capitali.

nell'affidamento diretto a società partecipata e nell'affidamento competitivo a impresa terza ed ha imposto un unico modello di gestione del servizio, individuato nella società di capitali scelta a seguito di gara pubblica.

Per inciso, va anche valutato lo sforzo del legislatore, condotto nell'arco anch'esso di un ventennio, teso a promuovere il contenimento della spesa pubblica da parte delle amministrazioni e, più in particolare, dei comuni di piccole dimensioni, e diretto ad emanare disposizioni per limitarne la capacità di diritto privato con riferimento alla possibilità di poter costituire società commerciali.

Rileviamo che, ai sensi dell'art. 3, comma 27, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 ("L. n. 244/07"), le amministrazioni pubbliche non possono costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (c.d. società strumentali), né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (in linea con l'art. 13 del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223).

Tuttavia, precisa lo stesso comma, *"è, in ogni caso, ammessa la costituzione e l'assunzione di partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale (i.e. servizi pubblici locali, ndr)"*.

Fermo restando la disciplina contenuta nei commi 27 e seguenti della citata L. n. 244/2007, l'art. 14, comma 32, del Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78 ("D.L. n. 78/10"), ha espressamente vietato ai comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti la costituzione di società, nonché prescritto la liquidazione di quelle esistenti o la cessione delle quote sociali entro il 31 dicembre 2012; termine esteso al 30 settembre 2013 per effetto dell'art. 29, comma 11 *bis*, del Decreto Legge 31 dicembre 2011, n. 216.

Segue che gli enti potranno evitare la dismissione delle partecipazioni o la liquidazione delle società già costituite nei casi in cui tali società:

- abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio costantemente in utile negli ultimi tre esercizi;
- non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;
- 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.

Il divieto e la dismissione di cui al comma 32 non si applicano alle società, con partecipazione paritaria, ovvero con una partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite dall'unione di più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

I comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono invece detenere la partecipazione di una sola società: entro il 31 dicembre 2013 detti comuni dovranno mettere in liquidazione le altre società già costituite.

La clausola di salvezza contenuta nel primo periodo dell'art. 14, comma 32, del D.L. n. 78/2010 (secondo la quale rimane *"fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244"*) ha posto problemi di coordinamento tra le due disposizioni ed è stato deciso di vietare ai Comuni di costituire società commerciali senza distinzioni di sorta quanto al tipo di attività svolta.

A prescindere dal tipo di attività svolta⁶:

⁶ In tal senso, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ("AVCP"), con parere 4 aprile 2012 n. 40/11, ha ribadito *"... che la disciplina di cui all'art. 14 comma 32 del D.L. n. 78/2010 ha portata generale e che le società in house incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, tanto esistenti quanto di nuova costituzione, devono tutte essere computate ai fini del rispetto dei limi imposti"*.

- i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non potranno né costituire nuove società, se non associandosi con altri enti, né detenervi alcuna partecipazione, se non in presenza delle richiamate condizioni derogatorie; mentre,
- i comuni con popolazione compresa tra i 30.000 ed i 50.000 abitanti potranno detenere una sola partecipazione.

La disciplina di cui sopra deve essere interpretata alla luce delle disposizioni contenute nell'art 4 del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 che ricordiamo obbliga le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, di procedere alternativamente:

- allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013,
- all'alienazione, con procedure ad evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute entro il 30 giugno 2013.

Il successivo terzo comma esclude dall'applicazione della richiamata disposizione le "*società che erogano servizi in favore dei cittadini*".

Pertanto, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti dovranno, accertare se le società rientrano nella previsione della nuova disciplina, avendo conseguito nel 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, e, in caso di accertamento negativo, ovvero in presenza dei requisiti di virtuosità richiesti dal più volte citato art. 14, comma 32, del D.L. n. 78/10, (potranno) deliberare il mantenimento delle partecipazioni societarie in questione.

Premesso quanto sopra in ambito societario, potremmo dire, per tornare al percorso legislativo, che un reale momento di svolta a favore di una piena ed effettiva concorrenza nel mercato dei servizi pubblici locali è rappresentato dall'intervento del 2008 che ha adeguato la disciplina fissando il livello essenziale delle prestazioni, vincolando all'evidenza pubblica e confermando il diritto degli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi.

In particolare, trattasi dell'art. 23- bis del d.l. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008 che ha eliminato l'alternatività tra le diverse forme di gestione, di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 prevedendo che l'affidamento diretto costituisce una deroga possibile quando vi siano particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale che non consentono un efficace ricorso alle procedure ordinarie ad evidenza pubblica.

L'intervento legislativo del 2008 ha delegato il Governo su proposta del Ministro per i rapporti con le Regioni ad adottare uno o più regolamenti governativi di riordino complessivo della materia ed il Consiglio dei Ministri 22 luglio 2010 ha approvato il testo del "*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*" in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. In estrema sintesi il nuovo Regolamento:

- riconferma la gara pubblica quale via per l'affidamento dei servizi pubblici locali in particolare per rifiuti, acqua, trasporto pubblico locale (con esclusione del servizio di distribuzione del gas naturale, energia elettrica, trasporto ferroviario regionale, gestione delle farmacie comunali, i servizi strumentali all'attività degli Enti affidanti) integrando la regolamentazione vigente (Codice dei contratti pubblici) con prescrizioni relative alla separazione tra funzioni di regolazione e gestione (art. 8), relative ad atti e fasi del procedimento di evidenza pubblica (forma del bando, atto di aggiudicazione, qualità ed incompatibilità dei componenti della commissione di gara etc..) (artt. 1, 3);
- conferma per il servizio idrico che le risorse sono pubbliche, che sono governate dalle istituzioni pubbliche e che il soggetto gestore (privato) è autonomo nella funzione di gestione che si trova ad esercitare (art. 1);
- affida agli Enti locali il compito di misurare la qualità del servizio erogato e verificare la realizzabilità della gestione concorrenziale del servizio (art. 11) limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva alle sole ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata risulti inidonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività (nelle ipotesi di esclusiva si prevedono compensazioni economiche ai soggetti esercenti commisurate su proventi delle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo (art. 2);
- prevede l'acquisizione del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per i servizi di valore economico superiore a 200.000,00 euro con alcune specificazioni per gli affidamenti nel settore idrico (art. 4);
- sottopone al Patto di Stabilità Interno le società in house (art. 5) e ne regola l'assunzione di personale (art. 7);
- abilita sia le società in house che le società miste pubblico – privata alla partecipazione alla gara pubblica sottoponendole al Codice dei contratti pubblici, con l'indicazione che le società miste in cui il socio privato sia stato scelto con gara⁷ possono partecipare anche a gare per l'affidamento di servizi ulteriori rispetto al servizio di cui sono già affidatarie perché tali società sono equiparabili ai fini della concorrenza e del mercato a società selezionate interamente con gara pubblica (art. 6);

ammette anche imprese estere (extra U.E.) alla partecipazione alle gare pubbliche italiane per l'affidamento di servizi pubblici locali secondo il principio di reciprocità per le imprese italiane nella partecipazione alle gare pubbliche bandite per i medesimi servizi negli Stati di provenienza (art. 9);

disciplina la cessione dei beni in caso di subentro alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale (art. 10).

La disciplina del 2008, prima è stata confermata legittima ad opera della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale, poi è stata travolta dal referendum popolare abrogativo del 11 e 12 giugno 2011.

In particolare, è stato abrogato l'art. 23-*bis* che prevedeva la regola generale di affidamento tramite gara dei servizi locali di rilevanza economica ed è stato limitato ricorso all'affidamento "in house"; è stato, inoltre, abrogato il comma 1 dell'art. 154 del D.Lgs. n. 152 del 2006 per cui la tariffa idrica viene determinata senza tenere conto del parametro della remunerazione del capitale investito dall'ente gestore. Il risultato del

⁷ Sul punto si rinvia alla comunicazione Osservatorio P.A. del 13.06.08, nota critica Parere Consiglio di Stato sez.- II, 18.04.07, n. 456/07.

referendum è stato recepito ed ha avuto effetto con i D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 e n. 116 (Gazzetta Ufficiale n. 167 del 20 luglio 2011).

La disciplina dei servizi pubblici è modificata nell'ambito di applicazione della disciplina medesima, nei compiti e negli obblighi degli enti locali in relazione alle decisioni sull'affidamento, nella disciplina del regime transitorio, nell'imposizione del divieto di ulteriori attività per gli affidatari diretti.

A distanza di due mesi abbiamo un nuovo intervento normativo – l'art. 4 del d.l. 138/2011 – che ha tuttavia ripreso in larga parte la disciplina abrogata per via referendaria, sollevando dubbi di legittimità costituzionale confermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 199 del 2012.

La norma abrogata conteneva disposizioni su: misure di liberalizzazioni dei servizi pubblici (commi 1-7); misure relative alle modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici (commi 8-13); misure relative alla disciplina delle società a partecipazione pubblica locale (commi 15-17 e 33); misure relative alla distinzione tra regolazione e gestione contenenti il regime delle incompatibilità tra amministratori dell'ente e amministratori delle società stesse che forniscono i servizi; ed infine misure contenenti il regime transitorio degli affidamenti non conformi alla disciplina in essa contenuta.

Segue che l'abrogazione dell'articolo 4 operata dalla Corte costituzionale travolge tutte queste misure, creando un vuoto normativo che obbliga l'interprete ad un'opera di ricostruzione della disciplina sia per gli affidamenti in corso che per i futuri.

Nella sentenza citata la Corte costituzionale ha ribadito quanto anticipato nella sentenza n.24 del 2011 in cui il giudice costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario per l'abrogazione dell'art. 23 bis escludendo che vi possa essere una riviviscenza delle norme già in precedenza abrogate.

L'interprete, invece, parla di "proroga" dell'efficacia della normativa abrogata con riferimento agli affidamenti in corso.

L'abrogazione della norma, infatti, ha evidentemente efficacia solo per il futuro, nel rispetto del principio generale del *tempus regit actum*.

Dunque, laddove le previsioni dell'art. 4 del d.l. 138/2011 abbiano già trovato applicazione esse non sono poste in discussione dall'abrogazione successiva; gli affidamenti in corso continuano fino alla scadenza naturale, secondo le regole vigenti al momento dell'affidamento.

E quindi eventuali cessazioni ulteriori anticipate rispetto alla scadenza naturale potrebbero derivare soltanto per espressa volontà del legislatore.

Gli affidamenti accordati nella fase transitoria devono seguire la normativa comunitaria.

La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011 sosteneva che dall'abrogazione della normativa in materia di servizi pubblici deriva "l'applicazione immediata all'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica", e conseguentemente l'ammissione di "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)". Pertanto, ad oggi, la normativa di riferimento per la gestione dei servizi pubblici è costituita dalla normativa comunitaria in materia - sicuramente meno restrittiva rispetto

a quella oggetto di censura nella sentenza in esame- ed in particolare, dai principi di cui agli art. 106 e 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

L'articolo 106, comma 2, prevede che *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*.

La presenza di interessi generali non implica in via generale la disapplicazione delle norme della concorrenza e i relativi principi – quali trasparenza, adeguata pubblicità, proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e mutuo riconoscimento- che, pertanto, devono trovare applicazione.

Inoltre, gli Stati possono derogare a tali norme e principi nella misura in cui dall'applicazione degli stessi potrebbe derivare una compromissione della missione di interesse generale prospettando, pertanto, un ragionevole contemperamento tra la tutela dell'interesse generale rispetto ed il principio della concorrenza nel settore dei servizi.

Tale previsione ha trovato un riconoscimento normativo importante, per effetto del Trattato di Lisbona, nell'art. 14 del Trattato per cui *“Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”*.

Ai sensi della normativa citata, dunque, gli Stati membri possono adottare le formule gestionali dei servizi di interesse generale a rilevanza economica ritenute più opportune.

Ed in assenza di una normativa nazionale che individui quali formule gestionali devono essere adottate, parrebbero applicabili tutte le formule gestionali possibili comprese la gestione pubblica diretta, vietata nel nostro ordinamento dalla legge finanziaria per il 2002, e l'affidamento in house, limitato dalla previgente normativa ai soli servizi il cui importo non sia superiore alla soglia di 200.000 euro, fermo restando il rispetto dei “paletti” comunitari⁸.

Sempre a distanza di qualche mese, il legislatore ha ulteriormente trattato la normativa de qua nell'art. 9 della Legge di Stabilità 2012, Legge 12 novembre 2011, n. 183 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Gazzetta Ufficiale n. 265 del 14 novembre 2011).

⁸ Capitale interamente pubblico, criterio del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, come ribadito dalla Corte di Giustizia in molteplici sentenze, tra le quali si annoverano le sentenze Teckal, C-107/1998, Brixen parking C-458/2003, Truley, C- 174/2003, Stadt Hall, C-26/2003 e Carbotermo, C- 340/04.

L'articolo 9, al comma 2, modifica la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell'articolo 4 del *Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito in Legge 14 settembre 2011, n. 148* (II Legge di Stabilizzazione finanziaria 2011) per fare in modo di colmare l'apparente vuoto normativo creato dall'abrogazione dell'art. 23 – bis⁹ del Decreto Legge n. 112 del 2008 ad opera del referendum del 12 e 13 giugno 2011 in esito al quale è stata modificata sia la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che la determinazione della tariffa idrica¹⁰.

Come sopra anticipato, con riferimento all'affidamento in house, che con il decreto sulla “*spending review*” - il d. l. 95 del 2012 convertito con la legge 135/2012 - il Governo ha riprodotto il divieto di procedere all'affidamento diretto alle società con capitale interamente pubblico di servizi di importo superiore alla soglia di 200.000 euro.

Dal momento che tale norma è stata adottata in data precedente rispetto alla pronuncia della Corte Costituzionale - il decreto legge è del 6 luglio, laddove la sentenza risulta depositata in data 20 luglio – si pone il problema di stabilirne la compatibilità con quanto statuito dal giudice costituzionale e di conseguenza l'efficacia o meno. È evidente, infatti, che, per analogia, la norma contenuta nell'art. 4 del d.l. 95/2012, in quanto riproduttiva di una disposizione dichiarata successivamente costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, potrebbe essere considerata abrogata in maniera implicita per le analoghe considerazioni che hanno comportato l'illegittimità costituzionale della normativa sui servizi pubblici.

Comunque, la norma è stata confermata in sede di conversione del decreto legge, avvenuta successivamente alla pronuncia della Corte, per cui il legislatore ha voluto senz'altro confermarne l'efficacia.

E' pur vero, comunque, che l'avvenuta abrogazione dell'art. 4 incide non solo sulle norme concernenti le modalità di gestione dei servizi pubblici, ma trancia la disciplina delle società a partecipazione pubblica locale, di cui ai commi 9-17 dell'art. 4, che prevedeva l'assoggettamento delle società a partecipazione

⁹ Tale abrogazione comporta, secondo la dottrina prevalente, la conseguente abrogazione del regolamento di delegificazione, il D.P.R. 168/2010, previsto dalla norma principale. Come evidenziato nei precedenti Dossier Osservatorio P.A. sul tema, la più recente riforma dei servizi pubblici locali (di rilevanza economica) era avvenuta ad opera dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, che disciplinava “*l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica*”⁹ successivamente modificata dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, rubricato “*Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166 abrogato dal referendum che si è svolto nei giorni 12 e 13 giugno 2011, con effetto anche se siffatta abrogazione avrà effetto solo quando gli esiti del referendum saranno pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale e, dunque, con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*. Dall'abrogazione dell'art. 23 bis ne deriverà la perdita di efficacia del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, in quanto, come noto, esso era stato adottato in esecuzione del comma 10 dello stesso art. 23 bis.

¹⁰ La sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2011 aveva ritenuto ammissibile il referendum e rilevato come “...*all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (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*”.

pubblica e delle società in house al rispetto del patto di stabilità interno, nonché delle normative in materia di reclutamento del personale, di cui al d.lgs 165/2001, e di contratti pubblici, d.lgs. 163/2006.

Il Governo, dunque, per un verso, adotta nuove misure di razionalizzazione della spesa pubblica con il d.l. 95/2012, per l'altro, realizza una fuoriuscita dall'ambito di applicazione del patto di stabilità interno di molteplici soggetti a partecipazione pubblica, con evidenti conseguenze negative sul raggiungimento dell'obiettivo del contenimento della spesa pubblica.

L'abrogazione dell'art. 4 comporta, poi, la sopravvivenza di affidamenti in corso illegittimi e contrari al quadro giuridico europeo; basti in tal senso pensare agli affidamenti in house in violazione dei paletti imposti dal diritto dell'Unione europea oppure agli affidamenti concessi a società pubblico-private in assenza di gara, per le quali il legislatore aveva disposto la cessazione entro il 31 dicembre 2012.

La sentenza della Consulta ha un ruolo dunque essenziale.

Da un lato, riporta *in auge* modelli gestionali che sembravano ormai superati, basti pensare alla gestione diretta e alla gestione tramite azienda speciale che era consentita solo per la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica. Dall'altro l'effetto abrogativo della sentenza innova l'ordinamento modificando in maniera significativa la materia dei servizi pubblici.

Rendendo possibili tutte le forme gestionali, anche quelle che la previgente normativa aveva escluso in tutto o in parte per i servizi pubblici di rilevanza economica, cade la rilevanza della distinzione piuttosto "labile" ed opinabile tra servizi pubblici a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica dal momento che tale distinzione non comporta più l'applicazione di un distinto regime giuridico.

E sostanzialmente, è da considerarsi superata la *vexata quaestio* sul significato di "rilevanza economica"; questione interpretativa molto controversa sia nella dottrina che nella giurisprudenza e che era stata risolta in maniera diversa dal Consiglio di Stato¹¹

Gli enti locali hanno piena autonomia a scegliere le modalità di gestione dei servizi attraverso l'esercizio della propria potestà regolamentare, tra:

- gestione concorrenziale di cui all'art. 4, commi 1-7; alla gestione in esclusiva a società private scelte a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica;
- affidamento a società miste pubbliche private individuate a seguito di gare a cd "doppio oggetto"; a società con capitale interamente pubblico purché ricorrano le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario;
- gestione diretta o alla gestione tramite azienda pubblica.

Tali soluzioni si prospettano solo per i servizi pubblici di rilevanza economica per i quali non vi è una particolare disciplina di settore; per quelli invece per i quali vi è una normativa ad hoc, quali le farmacie, il settore dell'energia, del gas e dei trasporti, oltre che il servizio idrico tale normativa resta in vigore e non viene minimamente intaccata nella sua efficacia dall'avvenuta abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011.

Senz'altro vi saranno nuovi interventi del legislatore nell'arco del 2013, attendiamo di verificarne gli effetti.

¹¹ Sentenza n. 6529 del 10 settembre 2010, Sezione V) e dalla Corte costituzionale (ex multis sentenza n. 325 del 2010).
