

## *CONCESSIONE E AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI*

*Dott. Alessandro Cacciari\**

1. La concessione è stata l'originaria e più importante forma di gestione dei servizi pubblici. Può definirsi come quel provvedimento per mezzo del quale l'autorità concedente affida ad un terzo il compito di attivare e gestire un servizio pubblico sotto il suo controllo, in cambio di una remunerazione costituita dai canoni per sua fruizione da parte degli utenti<sup>1</sup>. Nella concessione si evidenzia sia un rapporto autoritativo, identificabile nell'atto unilaterale mediante cui l'amministrazione accerta la rispondenza dell'atto concessorio al pubblico interesse e trasferisce l'esercizio della propria potestà al privato, ed un momento paritetico rappresentato da un negozio bilaterale integrativo disciplinante i profili patrimoniali e i reciproci diritti ed obblighi del concedente e del concessionario.

L'istituto della concessione è stato messo in discussione dal diritto comunitario, penetrato sempre più in profondità nel nostro ordinamento. Esso non conosce infatti tale figura e considera la concessione al pari di un contratto di appalto caratterizzato dalla circostanza che il concessionario ricava la sua remunerazione unicamente, o prevalentemente, dalla gestione dell'opera concessa o, per quel che qui interessa, dalla gestione del servizio concesso.

Tale definizione della concessione di servizio è stata fatta propria dal Codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12), che ne ha dettato una

---

\* Magistrato amministrativo presso il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana. L'articolo è un estratto della relazione presentata dall'autore in occasione del convegno annuale dell'Associazione Culturale Articolo 111 sul tema *Società pubbliche e controllo giurisdizionale* che si è tenuto il 5 maggio 2013 presso la Sala Valente del Tribunale di Milano.

<sup>1</sup> R. Cori, *la concessione di servizi* in Giustamm n. 6/2007.

disciplina specifica all'art. 30. Questo stabilisce che “la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”, mentre un corrispettivo può essergli riconosciuto solo se gli venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli necessari per la remunerazione degli investimenti.

La concessione quindi è considerata come un contratto cui però, per previsione dello stesso art. 30 richiamato, non si applicano tutte le norme codicistiche ma solo quelle della parte quarta in tema di contenzioso, oltre all'art. 143, comma 7, in tema di piano economico finanziario a copertura degli investimenti. Alle concessioni di servizi poi si applicano i principi generali in tema di contratti pubblici e in particolare la trasparenza, la pubblicità adeguata, la non discriminazione, la parità di trattamento e la proporzionalità. Il concessionario deve essere individuato previa gara informale cui devono essere invitati almeno cinque concorrenti, restando salve le norme di settore che prevedano forme più incisive di tutela della concorrenza.

La concessione così come tradizionalmente intesa dalla nostra dottrina è quindi scomparsa nella gestione dei pubblici servizi.

Oggi si parla comunemente di “affidamento” del servizio pubblico, per alludere ad un fenomeno in cui è assente la traslazione di pubblico potere dall'amministrazione al privato, essendo limitato l'esercizio di potestà autoritativa al momento di organizzazione del servizio stesso e di predisposizione delle regole per la sua gestione, ivi compresa la modalità dell'affidamento.

L'ordinamento comunitario non conosce nemmeno la nozione di servizio pubblico la quale peraltro, anche nel diritto italiano, non è compiutamente definita ed oscilla tra una concezione oggettiva e una

sogettiva<sup>2</sup>. Nel diritto comunitario è presente la nozione di “servizio di interesse economico generale” prevista dall’art. 86 (ex art. 90), comma 2, del Trattato istitutivo della Comunità Europea (nel seguito: “Trattato”), assunto per delimitare l’ambito di applicazione delle norme in materia di concorrenza. Secondo quella disposizione infatti le imprese che sono incaricate di gestire servizi di tale natura devono essere sottoposte alle norme del Trattato, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui loro applicazione non ostacoli l’adempimento della missione loro affidata.

Il diritto comunitario si interessa quindi di quelli che noi chiamiamo servizi pubblici aventi rilevanza economica in quanto suscettibili di incidere sulla costruzione di un mercato unico europeo libero e concorrenziale, e ne prevede in via generale la sottoposizione alle regole di concorrenza proprio poiché agiscono sul mercato e possono distorcerlo ove mantengano posizioni di monopolio.

La sussistenza del requisito della rilevanza economica deve essere valutato dal giudice nazionale, e in tale operazione non si deve fare ricorso ad un criterio astratto di remuneratività ma verificare le condizioni in cui il servizio viene prestato tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo di lucro, della mancata assunzione dei rischi connessi all’attività e dell’eventuale finanziamento pubblico, nella peculiarità del caso concreto.

Dovranno quindi essere scrutinati la struttura concreta del servizio; le modalità di espletamento; i suoi connotati economico organizzativi; la natura del soggetto chiamato a svolgerlo e la sua disciplina normativa (C.d.S. V, 10 settembre 2010 n. 6529), avendo riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi ma all’interesse

---

<sup>2</sup> G. Caia, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi 2008, 149-158; F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli 2011, 506-515.

economico globalmente perseguito a livello societario (C.d.S. V, 30 agosto 2006 n. 5072).

Poiché la completa apertura alla concorrenza può essere di ostacolo alla realizzazione di un elevato livello nell'erogazione dei servizi, in particolare per quel che riguarda l'universalità di accesso, la norma in esame consente di derogare alle regole di concorrenza laddove la loro integrale applicazione potrebbe ostacolare il raggiungimento di tale scopo da parte delle imprese incaricate di un servizio avente interesse economico generale.

L'applicazione concreta della disposizione da parte della giurisprudenza comunitaria è stata inizialmente rigida: si riteneva ammissibile derogare alle regole sulla concorrenza solo nei casi in cui il loro rispetto risultasse del tutto incompatibile con gli obiettivi del servizio pubblico. Successivamente la Corte di Giustizia ha ampliato la lettura della norma e consentito agli Stati membri di derogare più facilmente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, anche laddove il loro rispetto comporti solo una maggior difficoltà nella realizzazione del servizio da parte delle società incaricate di gestirlo<sup>3</sup>. L'interpretazione attuale va in questo senso.

Secondo la Corte la disposizione in esame “ mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese come strumento di politica economico sociale con l'interesse dell'Unione all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune”, sicché la valutazione che gli organi comunitari possono fare in proposito riguarda fundamentalmente il rispetto, da parte degli Stati membri, di un principio di proporzionalità nell'imposizione di obblighi di servizio pubblico in determinati ambiti economici (Corte di Giustizia CE II, 21 dicembre 2011 n. 242), mentre nell'individuazione di quelli che sono i servizi economici di

---

<sup>3</sup> M. Corradino, *Il diritto amministrativo*, CEDAM, 2009, pp. 982-983.

interesse generale gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale che può essere sindacato dalla Commissione solo in caso di errore manifesto (Tribunale I grado C.e.e. III, 15 giugno 2005 n. 7). Se ne deduce che l'ordinamento comunitario, se prevede in linea generale l'apertura al mercato di tutti i servizi compresi quelli che vengono definiti "pubblici", tuttavia consente agli Stati membri di derogare alle regole di concorrenza ogniqualvolta sia necessario per garantire il soddisfacimento degli interessi collettivi connessi al servizio medesimo.

In tale contesto gli Stati membri possiedono notevole discrezionalità e ben possono, quindi, individuare settori afferenti a servizi di interesse economico generale, ovvero servizi pubblici di rilevanza economica, da sottrarre alle regole di concorrenza per garantire la migliore efficacia in termini di soddisfacimento dell'interesse collettivo connesso.

La scelta dello Stato membro dovrà essere adeguatamente motivata e potrà essere sindacata in sede comunitaria sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza.

Il diritto comunitario quindi non impone in via assoluta la concorrenzialità nei servizi pubblici, sicché gli Stati membri non sono necessariamente chiamati ad aprire lo svolgimento dei medesimi al libero mercato. Essi invece devono effettuare un'opera di ricognizione per verificare quali possono essere gestiti in regime di libero mercato e quali invece è opportuno siano gestiti in regime di esclusiva. L'opzione a favore del regime concorrenziale non comporta una determinata motivazione, perché questa è configurata come regola dal Trattato; viceversa l'esclusione del servizio dalle norme concorrenziali comporta un obbligo motivazionale poiché il mantenimento dell'esclusiva rappresenta un'eccezione, secondo la normativa comunitaria.

A questo punto possiamo affrontare le previsioni della normativa interna in materia.

2. Per ricostruire la disciplina sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali occorre prendere le mosse dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che pone alcuni principi base in materia e a norma del proprio comma uno, le norme di settore sui servizi non possono derogarvi ed anzi ne vengono integrate. Il punto principale era, ed è tuttora, la separazione tra la gestione delle reti e degli impianti destinati al servizio e la gestione di quest'ultimo. E' rimesso alle discipline di settore stabilire in quali casi detta separazione può operare.

La gestione delle reti e degli impianti, in base al comma quattro dell'articolo in esame, tuttora in vigore, può essere:

- a) esternalizzata mediante procedure di evidenza pubblica, oppure
- b) affidata a società con capitale interamente pubblico, le quali devono rispettare i requisiti delle società in house.

La proprietà delle reti, a meno che sussistano specifici divieti stabiliti dalle normative di settore, in base al comma tredici (tuttora in vigore), può essere conferita a società con capitale interamente pubblico e incedibile.

Il comma cinque dell'art. 113, in tema di erogazione del servizio, prevedeva che l'ente avesse possibilità di scegliere tra:

- a) l'affidamento a società di capitali da individuare con l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica,
- b) l'affidamento a società con capitale misto pubblico-privato, a condizione che il socio privato fosse scelto attraverso una gara ad evidenza pubblica,
- c) la gestione "in house".

L'ente godeva di ampia discrezionalità nella scelta tra queste possibilità gestionali, con i soli limiti del rispetto delle discipline di settore le quali, a norma del comma cinque bis introdotto dall'art. 4, comma 234, L. 24 dicembre 2003, n. 350, potevano anche prevedere criteri di gradualità nella scelta per assicurare la concorrenza ed il rispetto della normativa comunitaria.

Non erano previsti, nella normativa nazionale, limiti specifici riguardanti le dimensioni del servizio o dell'ente che potessero influire sulla discrezionalità nella scelta della modalità gestionale essendo rimesso alla normativa di settore stabilire regole in proposito.

In base al comma undici, tuttora in vigore, i rapporti tra l'ente ed i gestori sia della rete, che del servizio, devono essere regolamentati da uno specifico contratto di servizio il quale stabilisce i livelli di qualità da garantire e le forme di verifica sul loro rispetto.

L'art. 117 del d.lgs. 267/00, tuttora vigente, stabilisce infine che le tariffe dei servizi pubblici devono essere quantificate in modo da garantire l'equilibrio economico finanziario dell'investimento e della gestione connessa del servizio, ed indica i criteri per il calcolo della tariffa. Quest'ultima costituisce "corrispettivo" del servizio medesimo ed esclude quindi che il costo sia posto a carico della fiscalità generale.

**3.** Il panorama normativo sopradescritto fu profondamente modificato con l'emanazione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133.

Il suo articolo 23 bis dettava nuove disposizioni in materia di servizi pubblici con rilevanza economica le quali, al comma uno, erano espressamente qualificate come prevalenti sulle norme di settore eventualmente incompatibili. Alcune di queste peraltro, anche in

ambiti molto rilevanti come la distribuzione del gas naturale, venivano espressamente fatte salve.

Asse portante della nuova normativa era l'introduzione di un generale principio di concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici.

L'integrale liberalizzazione era però rimessa ad un successivo regolamento la cui emanazione veniva delegata al Governo dal comma 10: tra i criteri direttivi era prevista anche la limitazione dei casi di gestione dei servizi pubblici locali in regime di esclusiva (art. 23 bis, comma 10, lett. g); quest'ultima modalità doveva essere residuale mentre regola era l'ammissione di tutti gli operatori a fornire i servizi, nei settori in cui la liberalizzazione fosse compatibile con la garanzia di universalità e accessibilità.

Quei servizi pubblici invece che fossero ritenuti meglio gestibili in esclusiva potevano essere conferiti, in alternativa:

- a) ad imprenditori o società, qualsiasi ne fosse la forma, da individuare mediante procedure di evidenza pubblica. Veniva quindi superata l'originaria limitazione, contenuta nell'art. 113, comma 5, d.lgs. 267/00, che restringeva la platea dei soggetti affidatari alle sole società di capitali;
- b) a società con partecipazione mista pubblico privata, a condizione che l'individuazione del socio avvenisse con procedura di evidenza pubblica; gli fosse attribuita una partecipazione pari almeno al 40% e affidati compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La gestione in house era considerata un'eccezione e infatti, in base ai commi tre e seguenti, veniva sottoposta ad un duplice vincolo sia sostanziale che procedimentale.

Sotto il primo profilo poteva procedersi a tale forma di gestione unicamente a fronte di situazioni eccezionali, consistenti in peculiari

caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che dovevano essere puntualmente rappresentate nel provvedimento di affidamento.

Sotto il secondo profilo, il comma quattro prevedeva che l'affidamento in house dovesse essere sottoposto ad un parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale doveva esprimersi entro sessanta giorni dal ricevimento di un'apposita relazione. In caso di inutile decorrenza del termine, il parere si intendeva reso in senso favorevole.

La *ratio* del provvedimento normativo in esame era quindi la limitazione delle forme di gestione internalizzate dei servizi, per favorirne la massima collocazione sul mercato o nella forma più radicale della totale liberalizzazione, o comunque mediante l'affidamento ad operatori economici da individuare con procedure di gara.

Veniva anche ampliata la platea dei soggetti cui poteva essere affidato il servizio, che non era più limitata alle sole società di capitali ma estesa alle società costituite in qualunque forma ed anche ai singoli imprenditori.

L'operazione di integrale liberalizzazione era peraltro rimessa ad una fonte normativa secondaria, che ora analizzeremo, non prima di aver sottolineato che il comma cinque dell'art. 23 bis poneva una disciplina innovativa anche in materia di reti stabilendo che, ferma restando la loro proprietà pubblica, la gestione delle stesse poteva essere affidata a soggetti privati, evidentemente da scegliere mediante procedure ad evidenza pubblica anche se il disposto normativo taceva sul punto.

Il Regolamento in questione fu emanato con d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168. In tema di liberalizzazione l'art. 2 prevedeva che gli enti locali dovessero effettuare una ricognizione dei servizi di propria

competenza per verificarne la possibilità di una gestione concorrenziale. L'attribuzione di diritti di esclusiva, salve diverse previsioni di legge, andava limitata ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, l'iniziativa economica privata non risultasse adeguata a garantire un buon livello del servizio. In tutti gli altri casi le attività economiche dovevano essere liberalizzate, ammettendo ogni operatore all'erogazione pur dovendo essere sempre garantite universalità ed accessibilità del servizio. La verifica doveva concludersi con una delibera quadro relativa a tutti i servizi di competenza dell'ente che illustrasse, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici derivanti dal mantenimento del un regime di esclusiva. La delibera doveva essere oggetto di pubblicizzazione e sottoposta all'esame dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai fini della relazione al Parlamento prevista dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 4 del Regolamento prevedeva poi che la decisione di effettuare la gestione in house di un servizio assunto in esclusiva dovesse essere sottoposta al preventivo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato qualora il suo valore economico superasse la somma di €200.000 annui.

Il Regolamento infine, all'articolo 12, abrogava diverse disposizioni normative tra quella contenuta nell'art. 13, comma 5, del d.lgs. 267/00.

Da queste normative emergeva una chiara preferenza per il mercato, che veniva visto come scelta prioritaria sia al momento di decidere tra liberalizzazione o gestione in esclusiva dei servizi, sia in ordine all'affidamento del servizio assunto in esclusiva al momento di optare tra il conferimento ad un operatore economico ovvero ad una società in house. In entrambe le fattispecie la seconda opzione era considerata dalla legge come eccezionale e sottoposta anche al controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

4. L'art. 23 bis del d.l. 112/08 è stato abrogato con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 in esito al referendum svolto il 12 e 13 giugno 2011. Si è quindi determinata una situazione di vuoto normativo che è stato rapidamente colmato con le disposizioni di cui all'art. 4, d.l. 13 agosto 2011 n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

Si tratta del famoso decreto-legge “ di Ferragosto”, emanato in tutta fretta sotto l'impulso di una crisi finanziaria che minacciava il paese e la stessa stabilità dell'area euro, per risolvere la quale la Banca centrale europea aveva inviato una (ormai famosa) lettera a firma del governatore uscente Trichet e di quello entrante, ed attualmente in carica, Draghi. In quella lettera veniva suggerito, tra l'altro, di procedere con la liberalizzazione dei servizi (anche) pubblici al fine di incentivare lo sviluppo economico. Detto fatto, venne frettolosamente emanata la suddetta normativa che riproponeva in buona sostanza le norme oggetto di abrogazione in esito alla consultazione referendaria.

Veniva nuovamente resa obbligatoria la preventiva verifica, da parte degli enti locali, di una gestione concorrenziale dei servizi di loro pertinenza, che doveva concludersi con l'adozione di una delibera quadro.

Laddove si verificasse la duplice condizione che l'ente avesse popolazione superiore a 10.000 abitanti e venisse assunto in esclusiva un servizio con valore economico pari o superiore alla somma annuale pari a 200.000 euro, l'adozione della delibera quadro doveva essere preceduta dal parere obbligatorio e non vincolante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, da rendere entro sessanta giorni. Fino all'adozione di tale delibera era proibito agli enti locali attribuire diritti di esclusiva per lo svolgimento dei propri servizi pubblici.

I servizi ritenuti in esclusiva potevano essere gestiti solo mediante conferimento a imprenditori o società in qualunque forma costituita, da individuare mediante procedure di evidenza pubblica, ovvero mediante la costituzione di una società mista il cui socio privato doveva essere individuato con procedura di evidenza pubblica. Al socio privato doveva essere attribuiti compiti operativi relativi alla gestione del servizio e conferita una partecipazione pari ad almeno il 40%.

L'affidamento in house, a norma del comma 13, poteva avvenire unicamente per i servizi con valore economico pari o inferiore alla somma annua di 200.000 euro, senza peraltro che fosse richiesto un parere preventivo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

È facile evincere come le norme del d.l. 138/11 fossero ispirate alla medesima logica proconcorrenziale che già ispirava il precedente d.l. 112/08, e che era stata messa in discussione dalla consultazione referendaria. Per di più prevedeva un controllo centrale, sia pure nella forma soft del parere obbligatorio ma non vincolante (e ci mancherebbe), nei confronti della delibera quadro dell'ente locale relativa alla ricognizione dei servizi per verificarne la possibilità di gestione concorrenziale. In questo modo un atto degli enti locali avente carattere ampiamente discrezionale sconfinante nel merito, veniva assoggettato ad un controllo centralizzato che somigliava ad una riedizione sotto diverse spoglie del vecchio controllo statale.

Inoltre era escluso l'affidamento in house per tutti i servizi con valore superiore a 200.000 euro annui, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'ente locale ed anche della Regione interessata.

La Corte Costituzionale, adita dalle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna, con sentenza 20 luglio 2012 n.

199<sup>4</sup> ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto art. 4, d.l. 138/11 per avere riprodotto la norma oggetto dell'abrogazione referendaria.

La Corte ha rilevato che la normativa in questione era ispirata alla stessa *ratio* di quella abrogata laddove restringeva, rispetto al livello minimo stabilito dalle norme comunitarie, le ipotesi di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali in house e pertanto non poteva considerarsi rispettosa della volontà referendaria.

Si è quindi determinata nuovamente una situazione di vuoto normativo nella quale gli spazi di discrezionalità nella scelta delle forme di gestione e affidamento dei servizi pubblici risultano incrementati.

5. In apertura dicevamo che l'art. 86, comma 2, del Trattato, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia rimette alla discrezionalità degli Stati membri la scelta di sottoporre o meno la gestione dei servizi di interesse economico generale alle regole di concorrenza.

Essa pone, è vero, quale regola generale l'applicazione delle norme del Trattato in materia ma consente che alle stesse possa motivatamente derogarsi qualora l'apertura al mercato ostacoli il raggiungimento di alti livelli di efficacia nell'erogazione del servizio.

---

<sup>4</sup> Merita rilevare che la sentenza è stata pubblicata nella G.U. del 25 luglio 2012 mentre con l'art. 53, comma 1, lett. b) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, sono state introdotte modificazioni all'art. 4 del d.l. 138/11. In altre parole con il d.l. 83/2012 il legislatore ha novellato una norma che era già stata posta nel nulla dalla sentenza della Corte al momento di conversione dello stesso. I tempi stretti della conversione rendevano evidentemente improponibile una modificazione "in itinere" per adeguarlo alla sentenza della Corte, e ne è risultato il suddetto pasticcio. Sono gli inconvenienti derivanti dal ricorso sistematico alla decretazione di urgenza.

Il diritto comunitario quindi, in linea generale, non pone un divieto assoluto di mantenere un servizio in regime di esclusiva; solo obbliga gli Stati membri ad effettuare una verifica, servizio per servizio, al fine di verificare se il raggiungimento degli interessi pubblici connessi possa essere ostacolato dall'apertura concorrenziale.

L'affidamento di un servizio credo quindi non possa prescindere da una verifica preventiva in ordine alla possibilità che lo stesso sia liberalizzato, anche in base al principio di cui all'art. 3, comma 2 (tuttora vigente) del d.l. 138/2011 secondo cui nel campo dell'attività economica privata è permesso tutto ciò che non è vietato, configurandosi così l'intervento pubblico come eccezionale.

L'apertura al mercato può svolgere una funzione di incentivazione allo sviluppo, creando occasioni di investimento per gli operatori economici, e garantire migliori livelli di efficienza mediante lo stimolo fornito dalla concorrenza; peraltro tale operazione applicata ai servizi pubblici può avere l'effetto indesiderabile di limitare l'accesso agli stessi ai soli utenti in grado di pagarne il prezzo, con ciò frustrando il raggiungimento degli obiettivi di universalità ed accessibilità. Ove pertanto l'ente verifichi che, in relazione ad un determinato servizio, sussiste tale pericolo potrà rappresentare la situazione nel provvedimento relativo alla sua gestione e decidere di mantenerne l'esclusiva.

Si tratta insomma della verifica preventiva sulla realizzabilità della gestione concorrenziale dei servizi, già prevista dapprima dall'art. 2 del d.p.r. 168/2010 e successivamente dall'art. 4 del d.l. 138/2011, che oggi deve ancora essere svolta ma senza i vincoli previsti da tali disposizioni.

All'indomani della loro abrogazione l'ente gode infatti di ampia discrezionalità in proposito, che è limitata unicamente dai generali

principi di ragionevolezza e proporzionalità. Si tratta insomma di un'attività afferente al merito amministrativo.

Quanto all'affidamento della gestione dei servizi, mi sembra che non si possa più fare applicazione delle disposizioni di cui all'art. 113, comma 5, d.lgs. 267/2000.

Questo infatti era stato abrogato dal d.p.r. 168/2010 la cui emanazione e la relativa forza abrogante erano stabiliti dall'art. 23 bis, comma 10, d.l. 112/2008 che gli conferiva il potere di individuare espressamente le norme poste nel nulla dal medesimo articolo 23 bis. Quest'ultimo è stato a sua volta abrogato a seguito della consultazione referendaria del 2011, e con esso anche il regolamento delegato d.p.r. 168/2010, con effetto dal giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d.P.R. 113/2011 avvenuta il 20 luglio 2011.

L'abrogazione referendaria non ha effetto retroattivo ma decorre dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale (art. 37, comma terzo, l. 25 maggio 1970 n. 352), e - si scusi il gioco di parole - l'abrogazione di una norma abrogante non fa rivivere la norma abrogata.

Non vi è stata quindi reviviscenza della disposizione di cui all'art. 13, comma 5, d.lgs. 267/00. In tale contesto ritengo perciò che la discrezionalità dell'ente locale nell'individuare la forma gestionale sia particolarmente ampia tra l'affidamento ad un operatore economico, la società mista o la gestione in house ed anche l'azienda speciale, istituto rimasto in vita e tuttora previsto dall'art. 114 d.lgs. 267/2000<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La sottoposizione dell'azienda speciale e della società in house al vincolo del patto di stabilità, peraltro, possono rendere questi strumenti non particolarmente duttili alla fine della gestione del servizio con rilevanza economica.

Resta fermo l'obbligo di motivazione in ordine alla scelta dell'una o dell'altra tipologia che dovrà essere riferita al raggiungimento della miglior efficacia ed efficienza nella gestione del servizio, e rimane pure fermo (naturalmente) il rispetto delle procedure di evidenza pubblica laddove l'opzione vada nel senso di affidare la gestione all'esterno od individuare un privato da associare in una società mista.

Il legislatore sembra confermare queste conclusioni. Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, all'art. 34, commi 20 ss., ha previsto che l'affidamento del servizio venga effettuato sulla base di una relazione da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante, che deve dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, stabilendo anche i contenuti degli obblighi di servizio ed indicando eventuali compensazioni economiche. Per gli affidamenti non soggetti ad una data di scadenza, gli enti competenti sono obbligati ad inserire nel contratto di servizio, o negli altri atti che regolano il rapporto, un termine di scadenza dell'affidamento pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013.

Peraltro, con l'art. 25, comma 1, lett. a) del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 e le successive novellazioni operate dall'art. 53, comma 1, lett. a), numeri 1), 2), 3) e 4), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 e dall'art. 34, comma 23, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 è stato inserito il nuovo art. 3 bis nel corpo del d.l. 138/2011 il quale prevede ulteriori principi in tema di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali.

Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano devono organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei in modo da ottenere economie di scala, entro il 30 giugno 2012.

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore a quella del territorio provinciale; eventuali scelte in senso vanno motivate in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio.

Inoltre dal 2013 l'applicazione di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi nel rispetto del patto di stabilità, ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, in l. 15 luglio 2011, n. 111, e costituisce anche priorità per l'attribuzione di finanziamenti pubblici statali, salvi restando quelli cofinanziati con fondi europei.

Infine le società in house affidatarie dei servizi vengono assoggettate al patto di stabilità; devono effettuare i propri acquisti di beni e servizi secondo le norme di evidenza pubblica e devono anche adottare criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi che siano rispettose dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ed anche delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori.

Da tali disposizioni si evince (nuovamente) un *favor* del legislatore nazionale per l'affidamento dei servizi pubblici con procedure di gara, in luogo della gestione in house la quale, pur non potendo essere legislativamente vietata o limitata, viene comunque scoraggiata mediante l'elevazione a "elemento di virtuosità" dell'ente la scelta di optare per la prima forma di affidamento. Inoltre emerge il disegno di equiparare per quanto possibile le società in house alle pubbliche amministrazioni, obbligandole al rispetto delle norme cui

soggiacciono queste ultime in tema di acquisti di beni e servizi, assunzione di personale e conferimento di incarichi.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi su alcuni punti di questa normativa dalla Regione Veneto, con sentenza 20 marzo 2013, n. 46, l'ha dichiarata costituzionalmente legittima.

In particolare ha ritenuto non contrastante con la Costituzione la previsione secondo la quale l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi costituisce elemento di valutazione della virtuosità dei medesimi, poiché con tale "tecnica premiale" non vengono menomate le attribuzioni regionali ed è rimesso alla discrezionalità del legislatore nazionale la scelta di favorire l'affidamento dei servizi col meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, nel quadro di un generale contenimento della spesa pubblica disegnato dal d.l. 1/2012 che tale norma ha inserito nel corpo del d.l. 138/2011.

Non viene inciso neanche il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni perché le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano nella materia della tutela della concorrenza, sulla quale esiste una competenza legislativa statale esclusiva. Infine la sottoposizione delle società in house al rispetto del patto di stabilità si giustifica in quanto una disciplina diversa che la favorisse rispetto all'amministrazione affidante verrebbe a scindere in due unità un soggetto che, in realtà, è unitario (amministrazione affidante e società) e determinerebbe un ingiustificato favore nei confronti di questo tipo di gestione dei servizi pubblici.

Stante l'esistenza di questa normativa speciale in tema di affidamento dei servizi pubblici e di società in house affidatarie dei medesimi, ritengo ragionevole che queste ultime siano escluse dalla dismissione obbligatoria delle società pubbliche prevista dall'art. 4 del d.l. 6 luglio

2012, n. 95 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135. L'esclusione del resto è espressamente prevista, sia pure con formula non chiara, dal comma 3 di tale articolo con riferimento alle società che svolgono "servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica". In questa categoria rientrano i servizi pubblici e pertanto le società pubbliche affidatarie degli stessi, anche se realizzano le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 4 citato, non devono essere dismesse.

**6.** Questo è lo stato dell'arte a tutt'oggi: la scelta delle modalità gestionali dei servizi pubblici è rimessa alla discrezionalità dell'ente affidante ma è fortemente incentivato il meccanismo dell'esternalizzazione mediante gare di evidenza pubblica. Peraltro l'esperienza dimostra che la legislazione, in materia, è estremamente volubile e credo quindi di poter concludere l'intervento con un "arrivederci alla prossima puntata".