

dell'economia nazionale dalla spirale recessiva e nel lungo periodo allinearla ai ritmi di crescita dei partners europei e internazionali.

Tale decreto, come risulta dal comunicato del Consiglio dei Ministri n. 11, incide sui servizi pubblici locali perseguendo vari obiettivi: promozione della concorrenza dei servizi pubblici locali; accelerazione della costituzione di ambiti territoriali ottimali di dimensioni adeguate per una organizzazione più efficiente dei servizi; incentivi per favorire l'aggregazione delle aziende in soggetti imprenditoriali più competitivi; premialità per gli enti locali che si orientano verso la messa a gara dei servizi e per le aziende che migliorano l'efficienza e la qualità dei servizi; rafforzamento dei poteri dell'Autorità Antitrust in materia di servizi pubblici locali; previsione delle gare anche per il servizio di trasporto ferroviario regionale alla scadenza dei contratti di servizio in essere.

L'articolo 25 del Dl. n. 1/2012 interviene nuovamente sui servizi pubblici locali con una sorta di tripartizione normativa:

- a) inserendo, dopo l'art. 3 del Dl. n. 138/2011, l'art. 3-bis, dal titolo «Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali»;
- b) apportando ulteriori modifiche all'art. 4 del Dl. n. 138/2011;
- c) modificando e introducendo disposizioni sia con riguardo a tutti i servizi pubblici locali, sia relative al servizio di di-

## **UN ANNO DI SERVIZI PUBBLICI: DALLA MANOVRA DI FERRAGOSTO AL DECRETO 'SPENDING REVIEW'<sup>1</sup>.**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. Decreto legge n. 138 del 2011. 3. Analisi dell'articolo 4 del Dl. n. 138/2011. 4. Legge 12 novembre 2011 n. 183. 5. Decreto-legge "Cresci Italia". 6. Decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83. 7. Sentenze della Corte Costituzionale n. 199 e 200 del 2012. 8. Legge n. 134/2012. 9. Dl. n. 95/2012 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 135/2012. 10. Considerazioni finali.

### *1. Premessa*

Il continuo dinamismo normativo, o caos come sostiene qualcuno, che si è avuto nella materia dei servizi pubblici locali negli ultimi vent'anni, e soprattutto di recente, è dovuto essenzialmente alla contrapposizione di due diverse filosofie nell'approccio ai servizi diretti a soddisfare l'interesse della collettività.

Il primo approccio è quello statalista, detto anche «socialismo municipale», il quale è contrario alla liberalizzazione dei servizi pubblici e pro-

---

<sup>1</sup> Si tratta dell'estratto della tesi di laurea in giurisprudenza (diritto amministrativo) discussa all'Università degli studi di Roma Tre il 27 settembre 2012.

penso invece alla loro gestione diretta da parte di aziende pubbliche che operano in regime di monopolio locale.

Il secondo approccio è quello favorevole alla liberalizzazione dei servizi pubblici. Secondo i suoi sostenitori, infatti, sarà il mercato a raggiungere l'equilibrio tra la fornitura del servizio e la soddisfazione dei bisogni degli utenti.

Il dinamismo normativo è dunque dovuto al costante alternarsi, a seconda del periodo storico-economico attraversato e degli ideali politici dei partiti di governo, di queste due filosofie.

L'articolo 23 bis del Dl. n. 112/2008 rappresentava un netto cambiamento di tendenza rispetto al passato, in quanto si affermava fortemente la volontà di privatizzare i servizi pubblici. Tale obiettivo era perseguito attraverso l'espressa previsione di due modalità ordinarie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali (la gara e l'affidamento diretto a società miste), ed una modalità eccezionale e derogatoria (l'affidamento diretto a società 'in house').

Sottoponendo l'affidamento diretto a società in house a condizioni molto gravose per l'ente<sup>2</sup>, si

---

<sup>2</sup> Era richiesta non solo la presenza dei requisiti della sentenza Teckal (totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività prevalente), ma anche un'analisi di mercato da parte dell'ente che dimostrasse che in quel particolare contesto socio-economico il ricorso al mercato non sarebbe stato utile ed efficace.

condo lett. e); l'intervento del Governo, invece, sembra giustificato dalla necessità di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantirsi in modo unitario su tutto il territorio nazionale (art.117, comma secondo, lett. m).

#### 5. *Decreto-legge 'Cresci Italia'*.

Com'è noto la legge di stabilità rappresenta l'ultimo atto del governo Berlusconi, il quale, il giorno stesso della sua approvazione (12 novembre 2011), si dimette.

Gli succede il professor Mario Monti il quale formerà un governo 'tecnico' chiamato ad un compito delicatissimo: risollevarne le sorti del Paese caduto in una crisi finanziaria gravissima.

Il neo presidente Monti, nella dichiarazione programmatica al Senato, indica i tre pilastri intorno ai quali ruoterà l'attività dell'esecutivo: rigore di bilancio, crescita ed equità.

Proprio per il raggiungimento del secondo obiettivo il 24 gennaio 2012 viene adottato il c.d. Decreto Cresci Italia o Liberalizzazioni (Dl. n. 1/2012); come risulta dalla presentazione il fine è quello di consentire nel breve periodo l'uscita

---

drico - rientra nella materia «tutela della concorrenza» di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, c. secondo, lett. e), Cost.

rientranti tra le società in qualunque forma costituite.

Il dubbio permane anche perché il comma 12 dell'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, con l'inciso «fermo quanto previsto ai commi 8, 9, 10, 11», sembra scorporare le società miste dai meccanismi ordinari di affidamento della gestione.

Una tale conclusione sarebbe però in contrasto con le nuove previsioni del comma 33 che riconosce la possibilità per le società miste, in cui il socio sia selezionato ai sensi del comma 12, di partecipare alle gare per acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi; ne deriva che le società miste vanno inserite espressamente nell'elenco del comma 8 in quanto funzionali ad una gestione concorrenziale del servizio.

Ulteriori perplessità le pone il nuovo comma 32 bis in virtù del rinvio al potere sostitutivo del Governo previsto dall'articolo 120, comma 2, Costituzione.

I dubbi derivano dall'inquadramento costituzionale della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: infatti, la Corte Costituzionale l'aveva sempre ricondotta nell'ambito della tutela della concorrenza<sup>35</sup> (art. 117, comma se-

---

<sup>35</sup> La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 325/2010, ha espressamente stabilito che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - ivi compreso il servizio i-

voleva ridurre la massiccia presenza del pubblico nella gestione dei servizi.

Il sistema delineato dall'articolo 23 bis veniva meno per effetto dell'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011, determinando in tal modo un vuoto normativo nazionale nella materia dei servizi pubblici locali.

Tuttavia non si rimaneva del tutto privi di disciplina perché, come ricordato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2011, si applicavano i principi comunitari.

È bene ricordare che l'ordinamento comunitario è indifferente rispetto al tema della privatizzazione. Ciò che sta a cuore è solo la tutela della concorrenza: la convinzione è che la concorrenza produca effetti benefici per il mercato, per le imprese che vi operano, ma soprattutto per gli utenti destinatari dei servizi.

L'ordinamento comunitario, inoltre, non impone alcun modello per la gestione dei servizi pubblici; tuttavia, dall'articolo 106, comma 2, del TFUE, emerge una preferenza per la gara rispetto all'affidamento diretto<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 106, comma 2, TFUE: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve es-

## 2. Decreto legge n. 138 del 2011.

Il periodo di assenza di una disciplina propriamente nazionale nei servizi pubblici locali di rilevanza economica non dura molto. Il Governo, infatti, interviene nuovamente sulla materia con la cosiddetta ‘manovra di Ferragosto’, vale a dire con il decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138 dal titolo «Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», resasi necessaria a causa di una eccezionale situazione di destabilizzazione finanziaria e di attacco speculativo al nostro Paese<sup>4</sup>.

Già pochi giorni dopo il referendum, precisamente il 21 giugno, il Governo, accogliendo due ordini del giorno, si impegnava «ad attivarsi al fine di adottare provvedimenti volti a colmare il vuoto normativo determinatosi, in esito al referendum «del 12 e 13 giugno 2011, in uno dei

---

sere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

<sup>4</sup> L'intervento legislativo si aggiunge e corregge, a distanza di appena un mese, la manovra finanziaria già dettata con il decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, (‘Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria’), che conteneva la previsione dell’obiettivo della parità di bilancio da raggiungersi entro il 2014. La nuova normativa anticipa il raggiungimento di tale obiettivo al 2013, così come richiesto dall’Unione europea.

nerale e norma settoriale<sup>33</sup> e superando quelle criticità che si erano poste specialmente nel trasporto pubblico locale.

Infine la legge di stabilità dopo il comma 34 aggiungere il comma 34 bis il quale stabilisce che le previsioni dell’articolo 4 Dl. n. 138/2011 si applicano anche al trasporto pubblico regionale e locale; inoltre fa salvi, riguardo al trasporto pubblico regionale, gli affidamenti già deliberati in conformità dell’articolo 5, paragrafo 2, Regolamento (CE) n. 1370/2007.

L’intervento della Legge di stabilità è stato sicuramente su molti punti chiarificante, tuttavia restano alcuni aspetti controversi.

Alcuni commentatori<sup>34</sup>, innanzitutto, criticano il fatto che non sia chiaro se le società miste costituiscano delle ipotesi residuali di affidamento ordinario (con gara) oppure se costituiscano una sorta di *tertium genus* rispetto alle «società in qualunque forma costituite» previste dal comma 8 dell’articolo 4 Dl. n. 138/2011.

La questione si riversa sul piano operativo in quanto ci si chiede se gli enti locali, nell’adottare la delibera quadro, debbano verificare o meno la possibilità di affidare la gestione di un servizio pubblico locale anche a società miste in quanto

---

<sup>33</sup> C. Volpe, *Servizi*, cit.

<sup>34</sup> G. Guzzo, *Brevi riflessioni sui nova dei spl dopo la legge di stabilità*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 2011.

L'effetto di questi interventi è quello di escludere le società miste (e non solo il socio privato come era previsto in precedenza), il cui socio sia selezionato ai sensi del comma 12, dal divieto di partecipazione alle gare per acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi stabilito per quelle società che sono già affidatarie dirette di un servizio pubblico.

Quindi cade il divieto di extraterritorialità per le società miste, purché siano costituite ai sensi del comma 12 dell'articolo 4 Dl. n. 138/2011.

Questa novità legislativa segue quanto già affermato a livello giurisprudenziale con la citata sentenza n. 2222 dell'11 aprile 2011 del Consiglio di Stato, il quale aveva disapplicato il comma 9 dell'articolo 23 bis Dl. n. 112/2008 nella parte in cui vietava alle società miste già affidatarie dirette di un servizio pubblico locale di acquisire la gestione di servizi ulteriori, ritenendo tale divieto incompatibile con il diritto comunitario, ed in particolare con le libertà di erogazione dei servizi e di circolazione dei capitali.

La lettera n) dell'articolo 9, comma 2, inserisce nel comma 34 dell'articolo 4 Dl. n. 138/2011 la clausola di prevalenza delle disposizioni generali (contenute nell'articolo 4) rispetto a quelle di settore incompatibili. Il fine è quello di chiarire il rapporto tra le nuove norme e quelle di settore, evitando interpretazioni che configurino tale rapporto come un'ordinaria relazione tra norma ge-

comparti nevralgici per la crescita del Paese, quale è quello dei servizi pubblici locali».

Il nuovo intervento sui servizi pubblici locali, avvenuto con l'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, risponde ad una esigenza di «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea»<sup>5</sup>.

Tale intervento sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, tuttavia, suscita immediatamente dei dubbi di compatibilità con la volontà popolare, la quale, attraverso il referendum, si era espressa molto chiaramente.

Al riguardo coloro che ne sostengono la piena legittimità concentrano l'attenzione su tre punti:

- 1) l'art. 38 della legge n. 352 del 1970 ('Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo') prevede un vincolo giuridico solo per il potere di indire e tenere un nuovo referendum nei cinque anni successivi ad un referendum che abbia dato esito negativo, nulla disponendo per il caso dell'esito positivo;
- 2) il legislatore può sempre colmare vuoti normativi conseguenti all'abrogazione referendaria, infatti non c'è un divieto

---

<sup>5</sup> Questo è il titolo che introduceva all'articolo 4 del Dl. n. 138/2011.

per il legislatore di adottare una disciplina analoga a quella abrogata<sup>6</sup>;

3) l'articolo 4 riproduce sostanzialmente i principi comunitari in materia.

Coloro che invece ne contestano la legittimità evidenziano come l'articolo 4 del Dl. n. 138/2010 non rappresentasse una disciplina analoga, bensì una mera riproduzione della normativa abrogata; al riguardo citano la Corte Costituzionale che in precedenza aveva affermato il "divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare" (ordinanza n. 9/1997) nonché «il divieto per il legislatore di far rivivere la normativa abrogata dal referendum» (sentenza n. 33/1993).

È inutile, tuttavia, discutere, a questo punto dell'analisi dell'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali, di legittimità costituzionale in quanto sono questioni che rientrano nelle prerogative della Corte Costituzionale, la quale, tra l'altro, si è pronunciata recentemente sull'articolo 4.

---

<sup>6</sup> R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2342, afferma che: «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».

rantire l'intero regime transitorio contenuto al comma 32<sup>32</sup>.

Questo nuovo comma prevede che i prefetti devono verificare *ex lege* che gli enti locali rispettino il regime transitorio. Se ciò non avviene il prefetto stabilisce un termine perentorio entro il quale gli enti locali devono adeguarsi; se anche tale termine decorre inutilmente il Governo, se ci sono i presupposti, potrà esercitare il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, comma 2, della Costituzione.

Le lettere h) e i) dell'articolo 9, comma 2, intervengono sul comma 33 dell'articolo 4. Innanzitutto sostituiscono le parole «ovvero al sensi del comma 12» con le parole «ovvero non ai sensi del comma 12», e poi, dopo le parole «nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12» sono aggiunte le seguenti: «e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma».

---

<sup>32</sup> Dl. n. 138/2011 art. 4, comma 32 bis : «Al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32, il prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto al medesimo comma. In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131».

138/2011 e rendendo in tal modo la norma molto più rigorosa.

Infatti, nel precedente sistema<sup>31</sup> era previsto che nelle società quotate in borsa la partecipazione pubblica dovesse ridursi, anche progressivamente, fino ad una quota non superiore al 40% e poi al 30% affinché tali società potessero mantenere la scadenza fisiologica del rispettivo contratto di servizio; ora la norma è ben più precisa. Infatti, per individuare la condizione della conferma della data dell'affidamento del servizio, fa riferimento alla «partecipazione in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata».

La lettera g) dell'articolo 9, comma 2, aggiunge all'articolo 4 il comma 32 bis il quale va a ga-

---

<sup>31</sup> Dl n. 138/2011 art. 4, comma 32, lett. d) : «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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; 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».

Rimando quindi ad un momento successivo l'analisi di questa pronuncia<sup>7</sup>.

### 3. *Analisi dell'articolo 4 del Dl. n. 138/2011.*

L'articolo 4 Dl n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148/2011 continua lo spirito della riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica avviato con l'articolo 23bis Dl. n. 112/2008 e tende alla piena conformità con i principi comunitari i quali, infatti, vengono ribaditi al comma 1: «rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, di universalità e accessibilità del servizio» (art. 4, comma 1)<sup>8</sup>.

L'articolo 4 riprende parte dell'impianto dell'art. 23 bis ma soprattutto del regolamento attuativo approvato con D.P.R. n. 168/2010, quali la previsione della gara come normale forma di affidamento a terzi della gestione dei servizi pubblici locali non liberalizzabili; una certa cautela nei confronti della gestione in house; la conferma dei settori esclusi; l'estensione alle società in house del vincolo al patto di stabilità; la cessazione delle

---

<sup>7</sup> Cfr. paragrafo 6.5.

<sup>8</sup> Vedi C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in *www.giustamm.it*, X, 2011.

gestioni affidate a società miste non conformi al modello previsto.

Molte però sono le novità introdotte; tra le principali ci sono sicuramente l'espressa esclusione dalla normativa del servizio idrico integrato<sup>9</sup> (che costituiva il principale argomento del referendum) ed il passaggio da un'ottica di privatizzazione ad una di liberalizzazione.

La liberalizzazione è un aspetto centrale che pervade l'intera normativa.

Come ho già detto in precedenza l'articolo 23 bis era proteso verso la privatizzazione, ma era carente sotto il profilo della liberalizzazione che appariva nel regolamento attuativo ma che, nella sostanza, faceva fatica a realizzarsi in quel contesto normativo.

Nella nuova disciplina, invece, la liberalizzazione diviene un punto di partenza affermata nel primo comma dell'articolo 4, il quale, apparentemente, si limita a legificare quanto previsto dal

---

<sup>9</sup> Art. 4, comma 34, Dl. n. 138/2011: «Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475».

prattutto di poter effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni.

La trasparenza si sostanzia in obblighi di pubblicità dei dati concernenti il livello di qualità del servizio, del prezzo medio per utente, del livello degli investimenti effettuati nonché altre eventuali informazioni legate a casi concreti;

- il comma 33 ter stabilisce che, entro il 31 gennaio 2012, il ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale adotta un decreto di concerto con i ministeri dell'economia e finanze e dell'interno, sentita la conferenza unificata, con il quale verranno definiti i criteri per la verifica sulla realizzabilità della gestione concorrenziale e l'adozione della delibera quadro prevista per i commi 1 e 2 dell'art. 4 Dl n. 138/2011. In questo modo la procedura seguirà standard ben precisi. L'obiettivo è quello di evitare comportamenti scorretti di enti locali che, procedendo a verifiche superficiali o falsate, con conseguente adozione di una delibera quadro che non rappresenta la reale situazione economico sociale, ostacolano l'obiettivo di liberalizzazione perseguito dal legislatore.

C) L'articolo 9, comma 2, lett. f) interviene sul regime transitorio sostituendo alcune parole contenute nel comma 32, lett. d), dell'articolo 4 Dl. n.

nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13».

Il fine è quello di evitare distorsioni della concorrenza dovute a un'eccessiva limitazione della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.

Molto rilevante è la lettera m) dell'articolo 9 in quanto aggiunge all'articolo 4 Dl. n. 138/2011 i commi 33 bis e 33 ter:

- il comma 33 bis<sup>30</sup> fornisce una risposta alla segnalazione dell'Antitrust in ordine alla mancanza di misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio sotto forma di valutazioni di 'benchmarking'.

Infatti, viene previsto un obbligo per gli enti affidatari di procedere ad adempimenti di trasparenza al fine di realizzare un progressivo miglioramento nella qualità di gestione dei servizi e so-

---

<sup>30</sup> Comma 33-bis: «Al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità».

comma 1 dell'articolo 2 del regolamento attuativo (D.p.r. n. 168/2010 ) invertendo solo la collocazione sistematica del periodo; in realtà l'intervento è molto importante perché sancisce la regola del «prima si liberalizza poi semmai si privatizza».

Il comma 1 dell'articolo 4<sup>10</sup>, infatti, stabilisce che gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, escludendoli da un processo di liberalizzazione, con la conseguente attribuzione di diritti di esclusiva, solo se si dimostra che, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica non sia in grado di assicurare un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

Al termine della verifica, che deve svolgersi entro il 31 agosto 2012 e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali, l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'i-

---

<sup>10</sup> Art. 4 comma 1: «Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività' economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità' e accessibilità' del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità».

strutturata compiuta. Tale delibera deve essere adeguatamente pubblicizzata e inviata all'AGCM.

Il fine della disciplina è chiaro: realizzare una concorrenza nel mercato liberalizzando le attività economiche; solo se ciò non è possibile, e quindi in via residuale, si potranno attribuire i diritti di esclusiva.

Rilevanti sono le previsioni del comma 5 il quale, dopo aver ribadito la missione pubblica degli enti locali, vale a dire «assicurare agli utenti l'erogazione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali», gli impone di definire ove necessario gli obblighi di servizio pubblico prevedendo le «eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo». In questo modo si cerca di eliminare le disparità determinate dall'imposizione alle imprese di obblighi di servizio pubblico che rischiano di falsare la concorrenza.

I successivi commi 6 e 7 stabiliscono 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, confermando il principio di cui all'art. 9 della l. n. 287/1990, e che i gestori di servizi pubblici locali, qualora

Molti dubbi riguardavano la soglia di 900.000 euro/anno per gli affidamenti diretti a società in house.

Tale sistema, infatti, secondo l'Antitrust, era facilmente eludibile da parte delle amministrazioni, essendo sufficiente frazionare gli affidamenti in tante tranche inferiori a € 900.000 per poi attribuirle tutte direttamente a società in house.

Per evitare ciò la lettera d) dell'art. 9, comma 2, L. n. 183/2011 ha previsto il «divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento».

La lettera e) dell'art. 9 aggiunge all'articolo 4, comma 32, lett. a), le parole «ovvero non conformi a quanto previsto al medesimo comma». In pratica il fine è quello di evitare che possano essere esentati dalla cessazione anticipata prevista dal regime transitorio gli affidamenti diretti non conformi alle regole stabilite in tema di gestioni 'in house'. Il riferimento è alla mancanza dei requisiti dell'in house (totale partecipazione pubblica, controllo analogo e prevalenza dell'attività a favore dell'ente o degli enti che esercitano il controllo).

La lettera l) dell'art. 9 sostituisce integralmente l'ultimo periodo del comma 33 dell'art. 4 Dl. n. 138/2011, stabilendo che «gli affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il

to riguardante la delibera quadro che gli è stata trasmessa, ma sono estesi a tutte quelle funzioni che già gli sono attribuite dalla legislazione vigente. La normativa preesistente, infatti, aveva subito critiche in quanto l'AGCM avrebbe svolto un ruolo limitato rinunciando ad offrire un suo contributo per l'ipotesi che in concreto la delibera quadro escludesse la gestione in concorrenza senza vere ragioni e adeguate motivazioni riscontrabili nella specifica condizione anche economica di una comunità<sup>29</sup>.

Inoltre, importantissima è la previsione della lettera c) dell'art. 9, comma 2, il quale, integrando il comma 4 dell'articolo 4 Dl. n. 138/2011, stabilisce che qualora l'ente non proceda alla verifica sulla concorrenzialità o all'adozione della delibera quadro, allora «non potrà procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo».

B) L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella già citata Segnalazione al Governo e al Parlamento AS 864 del 26 agosto 2011, aveva sollevato varie perplessità su alcune previsioni dell'articolo 4 Dl. n. 138/2011.

---

<sup>29</sup> V. Caputi Jambrenghi, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in *Atti del convegno su 'Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia'*, svoltosi a Napoli il 6 dicembre 2011.

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, vale a dire la separazione societaria.

Nel caso in cui sia accertata l'impossibilità di una gestione concorrenziale i commi da 8 a 15 fissano le regole per l'attribuzione dei diritti di esclusiva.

In tali situazioni la gestione del servizio viene affidata ad imprenditori o a società in qualunque forma costituite<sup>11</sup>, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali sui contratti pubblici ed, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità<sup>12</sup>.

Tali procedure «devono essere altresì indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti».

---

<sup>11</sup> Art. 4, comma 9, dl. n. 138/2011: «Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge».

<sup>12</sup> Art. 4, comma 8, dl. n. 138/2011.

Il comma 11, poi, 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, le quali sono finalizzate a garantire il rispetto dell'assetto concorrenziale dei mercati interessati.

È evidente come il legislatore riprenda il sistema delineato dall'articolo 23 bis e dal regolamento di attuazione, privilegiando la scelta del gestore mediante gara quale procedura principale di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, precisando che alla gara possano partecipare anche le società interamente pubbliche, salvo gli specifici divieti di legge<sup>13</sup>.

Il riferimento del comma 8 alle «società in qualunque forma costituite» include il modello delle società miste per il quale è sempre previsto che il socio privato sia scelto con una gara a doppio oggetto, che gli sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% del capitale e che gli sia data la possibilità di svolgere «specifici compiti operativi» connessi alla gestione del servizio per

---

<sup>13</sup> 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 *giustamm.it*, 2011.

Le novità introdotte possono essere suddivise in tre gruppi<sup>28</sup>:

- a) novità tendenti a rafforzare il progetto di liberalizzazione;
- b) misure volte ad adeguarsi alle segnalazioni dell'AGCM;
- c) risoluzione delle criticità contenute nell'articolo 4 Dl. n. 138/2011.

A) La centralità della delibera quadro, che gli enti locali devono adottare dopo aver verificato la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, viene ulteriormente rafforzata.

Infatti, l'articolo 9, comma 2, lett. a), della L. n. 183/2011 aggiunge al comma 2 art. 4 Dl. n. 138/2011 la possibilità per l'ente locale, al momento dell'adozione della delibera quadro, «di valutare l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo, mediante procedura ad evidenza pubblica, di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui sia dimostrabile che una scelta del genere possa conseguire risultati economicamente vantaggiosi».

La lettera b) del comma 9, aggiungendo la parola 'anche' al comma 3 dell'articolo 4, rafforza i poteri dell'Antitrust, i quali non sono più limitati alla predisposizione di una relazione al Parlamen-

---

<sup>28</sup> Per tutti vedi C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*, XII, 2011.

cazia ed economicità del servizio, i quali sono considerati una conseguenza della piena realizzazione di un sistema liberalizzato e concorrenziale, il che non si verifica necessariamente.

#### 4. *Legge 12 novembre 2011 n. 183.*

Le criticità che pervadevano l'articolo 4 Dl. n. 138/2011 e l'aggravarsi della crisi finanziaria resero necessario un nuovo intervento sui servizi pubblici locali di rilevanza economica avvenuto attraverso un maxi emendamento governativo al disegno di legge di stabilità poi divenuta Legge n. 183/2011, il cui articolo 9, dal titolo 'Liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica', ha inciso direttamente sul contenuto del citato articolo 4.

Le finalità perseguite dal nuovo intervento sono molto rilevanti; nello specifico sono quelle di «realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso la piena concorrenza nel mercato e di perseguire gli obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione dei medesimi servizi secondo quanto previsto dall'art 4. del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011 n. 148, nonché di assicurare mediante un sistema di “benchmarking”, il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi».

la sua intera durata altrimenti si procederà ad un nuovo affidamento<sup>14</sup>.

Un'altra importante novità riguarda gli affidamenti 'in house'.

Nell'articolo 23 bis, come visto, il modello in house era eccezionale e derogatorio, ammissibile solo quando «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Inoltre era obbligatorio il parere preventivo dell'AGCM.

La nuova disciplina, invece, 'liberalizza' la possibilità di affidare un servizio 'in house' purché il suo valore complessivo sia pari o inferiore a 900.000 euro/anno<sup>15</sup>.

Quindi sotto questa soglia gli enti possono gestire un servizio pubblico locale di rilevanza economica in regime di autoproduzione, in deroga alla procedura competitiva; tuttavia le società 'in house' affidatarie dirette della gestione dei ser-

---

<sup>14</sup> Questo modello era già stato ritenuto legittimo dalla giurisprudenza comunitaria. Vedi Corte Giust. CE, sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a.

<sup>15</sup> Art 4, comma 13: «In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta “in house”».

vizi pubblici locali vengono sostanzialmente equiparate ad una pubblica amministrazione e quindi, come già detto, assoggettate al patto di stabilità interno.

La previsione della soglia di € 900.000 per gli affidamenti in house viene prontamente criticata dall'Antitrust che afferma: «L'eccezionalità della situazione che non consente il ricorso al mercato viene dunque approssimata da un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente art. 23-bis aveva colto. In ogni caso, nell'assenza di precise indicazioni sui criteri di scelta adottati per la definizione della soglia, l'Autorità osserva che questa appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. In ogni caso, il sistema di esenzioni dall'obbligo di gara così configurato si presta facilmente a comportamenti elusivi da parte delle amministrazioni che non intendono procedere agli affidamenti tramite gara dei servizi pubblici locali: sarebbe sufficiente frazionare gli affidamenti in tante "tranche", ciascuna di valore inferiore a 900.000 euro annui, per poterle poi attribuire tutte direttamente a controllate in house. Il sistema ora introdotto appare dunque meno ef-

Infine, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato<sup>27</sup> rileva 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 nuove disposizioni, soprattutto in ambito di regime transitorio.

Nel complesso la riforma introdotta con l'articolo 4 Dl. n. 138/2011 ha sicuramente dei meriti; in primis quello di tendere verso una vera e propria apertura al mercato e quello di aver dato organicità alla materia dei servizi pubblici locali rilevando la rilevanza economica disciplinando in modo preciso le modalità di affidamento di gestione nonché i contenuti dei bandi e le regole della gara.

Restano tuttavia, come visto, forti criticità, innanzitutto quella di rimettere agli enti locali l'intero funzionamento dell'operazione di liberalizzazione.

Inoltre la riforma è molto forte sul piano della realizzazione della concorrenza e della liberalizzazione, ma meno sotto i profili dell'efficienza, effi-

---

<sup>27</sup> Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS 864 del 26 agosto 2011.

Inoltre, bisogna ricordare che questa criticità era già stata sollevata dal Consiglio di Stato con un parere riguardante la disposizione del medesimo tenore contenuta nel regolamento attuativo dell'articolo 23 bis.

Il Consiglio di Stato aveva osservato che «la rilevanza della questione avrebbe richiesto criteri puntuali e definiti, essendo ben nota la riluttanza degli enti locali a procedere su questa strada»<sup>26</sup>.

È utile accennare anche ad una criticità che non riguarda il comma 4 bensì il 5 del Dl. n. 138/2011, ma che ha una grande incidenza.

Tale comma 5 prevede un incentivo alle liberalizzazioni dei servizi pubblici locali destinando a tal fine una quota del fondo infrastrutture agli investimenti sulle infrastrutture programmati da enti locali che abbiano dismesso le loro partecipazioni societarie nei servizi pubblici locali eccettuato il settore del servizio idrico.

Una critica diffusa a questa disposizione è nel senso che difetta nel caso di specie di una relazione di diretta consequenzialità tra dismissioni, che hanno costi elevati, e investimenti che viceversa sono auspicati dalle imprese e dei cittadini.

---

<sup>26</sup> Parere, sez. consultiva per gli atti normativi 24 maggio 2010 n. 2415, Schema di decreto del Presidente della Repubblica recante regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

ficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L'Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l'esistenza da parte dell'ente affidante»<sup>16</sup>.

La nuova normativa riproduce i divieti per gli affidatari diretti (ivi incluse le società affidatarie con gara cd. 'a doppio oggetto') di svolgere attività extra territoriale, negli stessi ampi termini previsti dall'abrogato art. 23-bis, comma 9, con esclusione delle sole società quotate e delle relative controllate nonché del socio privato selezionato con la predetta gara «a doppio oggetto».

L'unico temperamento è dato dalla possibilità per i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali di 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.

Sul punto la dottrina<sup>17</sup> aveva osservato, riguardo all'omologo art. 23 bis, comma 9, che la 'prima gara' sta ad indicare qualsiasi gara per i

---

<sup>16</sup> Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS864 del 26 agosto 2011.

<sup>17</sup> G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

servizi pubblici locali, che avvenga dopo l'entrata in vigore della norma, purché sia la 'prima' durante il periodo transitorio e si applichi soltanto per una volta, non potendo valere nell'ipotesi di gare successive.

Non cambiando nulla rispetto al sistema prevalente non viene risolto il contrasto in ordine all'applicabilità e ai limiti delle predette restrizioni.

Proprio su questo punto l'Antitrust manifesta un certo dissenso sottolineando come un tale divieto fosse paradossale rischiando di «limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara»<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS864 del 26 agosto 2011: «La "ratio" della norma è condivisibile: evitare le distorsioni derivanti dalla partecipazione di soggetti avvantaggiati dal beneficiare di un affidamento diretto, e disincentivare il ricorso ad affidamenti diretti, ostacolando la partecipazione alle gare per i soggetti titolari di tali affidamenti. Tuttavia, l'esperienza maturata in alcuni settori, quale il trasporto pubblico locale, indica come la restrizione qui in esame rischi di rendere impraticabile l'intero meccanismo di gara, finendo 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. Si propone dunque di attenuare le condizioni che consentono agli affidatari diretti di partecipare ad altre gare, consentendo loro di farlo nel caso in cui i soggetti in questione siano nella fase finale (inferiore ai due anni) del proprio affidamento e sia già stata bandita la gara per il riaffidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affi-

Ma la questione che in assoluto desta maggiori perplessità è che l'intera logica della riforma, che come si è detto è fortemente tesa alla liberalizzazione, sia demandata agli enti locali i quali dovranno verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e poi adottare una delibera quadro.

Ma cosa accade se l'ente non procede ad alcuna verifica, oppure non adotta alcuna delibera quadro? E ancora, quali sono i criteri e le regole che l'ente locale deve seguire per decidere se liberalizzare o meno?

Tali quesiti restano privi di risposta non essendo previsti né criteri che possano fornire garanzie di uniformità e omogeneità nelle scelte degli enti né sanzioni e né poteri sostitutivi in caso di inerzia degli enti stessi.

Obiettivamente rimettere l'operatività di un'intera riforma in una materia di così grande rilevanza sia per il Paese che per l'Europa nelle 'mani' degli enti locali risulta un elemento di grande debolezza.

---

della tutela della concorrenza e del mercato, anche alla luce dei principi dettati dall'U.e. in materia, all'affidamento a terzi mediante pubblica gara. Pertanto, il divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in atto, previsto dal c. 9 del citato art. 23-bis, si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica.

A tale conclusione si giunge sulla base del richiamo che l'articolo 14, comma 32, fa all'articolo 3, commi 27, 28 e 29 della L. n. 244/2007, il quale prevede che «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale». A questo punto, richiamando la disciplina comunitaria che equipara i servizi di interesse generale ai servizi pubblici locali, ne consegue che tale disposizione non si applica all'articolo 4.

Altra criticità è rappresentata dal divieto stabilito per le società miste nel comma 33. Esso, infatti, riproducendo quanto previsto dall'articolo 23 bis, comma 9, Dl. n. 112/2008, stabilisce in sostanza che anche le società miste costituite previa gara a doppio oggetto possono svolgere attività solo in favore dell'ente che le ha costituite.

Questa previsione era già stata disapplicata dal Consiglio di Stato che aveva sancito che un simile divieto non risultava conforme ai principi comunitari, essendo contrario alla tutela della concorrenza e del mercato<sup>25</sup> (come si vedrà la L. n. 183/2011 risolverà il problema).

---

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2011 n. 2222. Tale giurisprudenza ha sancito che l'art. 23-bis c. 9, del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008 e successive modificazioni, non si applica alle società miste pubblico-private costituite ai sensi del c. 2 lett. b, del medesimo articolo. L'affidamento ad una società mista pubblica e privata costituita con le modalità indicate dal c. 2, lett. b) dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008 e successive modificazioni, deve essere equiparato, ai fini

È utile poi accennare al 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.

Questo è un punto che mi sta molto a cuore; infatti, a mio modo di vedere, le continue deroghe e proroghe dei regimi transitori, che si sono succeduti nelle normative di questi anni, rappresenta una delle principali cause dell'impossibilità di introdurre una riforma organica dei servizi pubblici locali; se poi si considera il continuo dinamismo normativo della materia è accaduto che spesso i buoni propositi sono stati smentiti dalle proroghe a cui i regimi transitori, una volta stabiliti, sono stati assoggettati.

In questo contesto l'articolo 4, comma 32, non rappresenta un'eccezione stabilendo che il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal decreto è il seguente:

- 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) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;

---

damento attraverso procedure ad evidenza pubblica, per il servizio erogato dall'affidatario diretto».

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 ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, 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 ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assegnati 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero for-

con esclusione solo delle società 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 le partecipazioni di una sola società ed, entro il 31 dicembre 2011, devono liquidare le altre società.

La domanda che i primi commentatori<sup>24</sup> della norma si sono posti è se il citato articolo 14, comma 32, del Dl. n. 78/2010 si applichi o meno ai servizi pubblici locali.

Se si propende per la sua applicazione la portata della riforma sarebbe fortemente ridotta, considerando che dei circa 8.000 comuni italiani oltre 6.000 hanno meno di 30.000 abitanti. La conseguenza sarebbe che l'affidamento a società mista, previa gara a doppio oggetto e con almeno il 40 per cento al privato, nonché a società 'in house' sarebbe pienamente operativa 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.

In ogni caso, tuttavia, si ritiene che l'articolo 14, comma 32, si applichi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica solo per quanto riguarda il regime transitorio stabilito dall'articolo 4, comma 32.

---

<sup>24</sup> C. Volpe, *Appalti*, cit.

fissata dal legislatore appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato»<sup>23</sup>.

Altro aspetto critico è il rinvio da parte del comma 14 ad una fonte secondaria (decreto interministeriale), per la definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità interno per le società ‘in house’ affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali. Tale rinvio 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.

Una delle maggiori criticità è quella sollevata dal comma 32.

Le perplessità sorgono dal richiamo che il primo periodo dell’articolo 4, comma 32, fa all’articolo 14, comma 32, del Dl. n. 78/2010.

Tale norma stabilisce che 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,

---

<sup>23</sup> Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS 864 del 26 agosto 2011.

me di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; 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.

Questi descritti sono gli aspetti salienti della nuova disciplina; sullo sfondo, invece, rimangono una serie di disposizioni tese a distinguere le funzioni di regolazione da quelle di gestione. In particolare si tratta<sup>19</sup>:

a) di alcune incompatibilità per gli amministratori, dirigenti, 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;

---

<sup>19</sup> C. Volpe, *Appalti*, cit.

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).

L'articolo 4 Dl. n. 138/2011 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148/2011 presenta vari aspetti critici<sup>20</sup>.

Sui dubbi di costituzionalità dovuti al fatto che la norma riproduce in larga parte le disposizioni abrogate per effetto del referendum si rimanda alle osservazioni fatte precedentemente, ma soprattutto alla sentenza n. 199/2012 con cui la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla questione<sup>21</sup>.

Altra criticità è la mancanza di una clausola di prevalenza delle disposizioni generali rispetto a quelle settoriali incompatibili. Tale clausola era invece presente nell'articolo 23 bis, comma 1, che disponeva che «le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili».

La mancanza di tale previsione nella nuova normativa comporta che il rapporto tra essa e le norme settoriali si configura come un ordinario rapporto tra norme generali e norme settoriali.

---

<sup>20</sup> Per tutti vedi C. Volpe, *Appalti*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. paragrafo 6.5.

Ne consegue che in applicazione della regola 'lex specialis derogat generali' la norma settoriale prevarrà su quella generale posteriore.

Tutto ciò 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, che prevede condizioni meno rigide per l'affidamento 'in house' di tali servizi.

Ulteriore criticità è la previsione della soglia di 900.000 euro/anno per la possibilità di affidamento diretto a società 'in house'.

Questa previsione, stabilita nel comma 13<sup>22</sup>, prospetta due differenti questioni:

a) entro questa soglia la possibilità di affidare direttamente il servizio viene completamente 'liberalizzata', senza alcun controllo né sulla soglia né sui requisiti dell'in house;

b) la soglia di € 900.000 sembra troppo elevata, ed in questo senso si è espressa anche l'AGCM, secondo la quale «da soglia

---

<sup>22</sup> Art. 4, comma 13: «In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house"».

stribuzione di gas naturale e alla gestione integrata dei rifiuti urbani.

Il nuovo articolo 3 bis del Dl. n. 138/2011 prevede sia regole che riguardano solo i servizi pubblici a rete, sia regole comuni per tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Riguardo i servizi pubblici a rete, al fine di realizzare economie di scala e migliorare l'efficienza del servizio, è previsto che il loro svolgimento sia organizzato in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei.

Le regole principali sono:

a) le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano devono organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei in modo da consentire economie di scala e di differenziazione entro il termine del 30 giugno 2012;

b) di norma la dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali non deve essere inferiore a quella del territorio provinciale;

c) le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, ma dovranno motivare questa scelta sulla base di criteri di differenziazione territoriale e socio-economica, nonché sulla base dei principi di proporzionalità, adeguatezza ed effi-

cienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'art. 30 del testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267;

d) fermo restando il termine del 30 giugno 2012, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate;

e) decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'art. 8 della L. 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Come detto l'articolo 3 bis introduce anche nuove regole che riguardano tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

zione e all'affidamento del servizio, il quale stabilisca le regole e verifichi il loro rispetto. Il che è stato recentemente perseguito solo in parte con l'istituzione dell'Autorità per i trasporti per quanto riguarda il trasporto pubblico locale, e con il conferimento della potestà regolatoria in capo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas per quanto riguarda il servizio idrico. L'esigenza, invece, non è stata ancora soddisfatta relativamente al servizio rifiuti ed ai servizi innominati.

VINCENZO VOLPE  
Dottore in Giurisprudenza  
E-mail: vin.volpecioffi@gmail.com

Tuttavia, un problema che si pone è che molte novità dell'articolo 3 bis si trovano inserite anche nel successivo articolo 4, ma spesso con una terminologia diversa.

La critica che viene fatta<sup>36</sup> è quella che l'articolo 3 bis invece di uniformare la disciplina dei servizi pubblici locali l'ha invece duplicata con conseguenti incertezze in ambito applicativo e interpretativo.

Le novità introdotte dall'articolo 3 bis del Dl n. 138/2011 sono:

a) in sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta;

b) le società affidatarie “in house” sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'art. 18, comma 2-bis, del Dl. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 133/2008, e l'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno;

---

<sup>36</sup> C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge “crescita”: la produzione normativa non ha mai fine*, in *www.giustamm.it*, VII, 2012.

c) le società affidatarie ‘in house’ sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Le medesime società adottano, 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'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché 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.

Inoltre, l'articolo 3 bis prevede per tutti i servizi pubblici locali incentivi per l'adozione di procedure ad evidenza pubblica o premiali dell'efficienza e della qualità dei servizi, stabilendo che:

1) a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica 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 ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Dl. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111 (comma 3);

affidando invece gli altri (servizi) ai privati, in modo da non gravare ulteriormente sulle finanze pubbliche.

Un altro tema al quale è utile accennare è quello degli investimenti. Molti studi di settore, infatti, hanno evidenziato la necessità di ingenti investimenti in tutti i servizi pubblici locali. Tuttavia, questi, in un momento di crisi non possono essere garantiti dal soggetto pubblico, ma sarà necessario l'intervento dei privati. Questa necessità è però collegata alla problematica dell'instabilità normativa. Il continuo dinamismo e caos normativo che caratterizzano la materia dei servizi pubblici locali rappresentano un ostacolo agli investimenti in quanto nessun imprenditore è disposto a rischiare in un settore in cui l'incertezza regna sovrana.

Appare dunque indispensabile un nuovo intervento da parte del legislatore che vada da un lato a risolvere le questioni interpretative che si pongono a seguito della sentenza della Corte costituzionale in modo da dare alla materia dei servizi pubblici locali quella certezza normativa indispensabile per attrarre investimenti, e che dall'altro dia un nuovo slancio a quelle liberalizzazioni indispensabili per la ripresa economica in un momento di crisi.

In conclusione, un'altra esigenza ormai imprescindibile è la previsione di un'Autorità indipendente nella materia dei servizi pubblici, cioè di un soggetto pubblico, che sia terzo rispetto all'eroga-

vata che opera in un mercato aperto alla concorrenza dovrà necessariamente perseguire l'efficienza, l'efficacia ed economicità, altrimenti sarà destinata in breve tempo a chiudere. Un soggetto pubblico, invece, infallibile per definizione, non è incentivato a perseguire questi tre parametri. Ciò che si vuol dire è che in un mercato liberalizzato non è necessario stabilire meccanismi diretti a garantire che una certa attività si svolga in modo efficace, efficiente ed economico, perché tutto ciò è implicito all'attività di impresa ed è legato alla sua stessa sopravvivenza.

L'apertura al mercato però non è sufficiente. È indispensabile la previsione di regole che consentano di raggiungere un equilibrio tra due diverse esigenze: da un lato fare in modo che il privato gestore del servizio possa conseguire un profitto che sia però proporzionato ai rischi assunti; dall'altro consentire all'ente locale di prendere le scelte a tutela della collettività. Si tratta in entrambi i casi di valori costituzionalmente tutelati, vale a dire la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e l'autodeterminazione degli enti locali (art. 5 Cost.).

La liberalizzazione, infine, in un momento di profonda crisi come quello che stiamo attraversando diventa un elemento imprescindibile in quanto consente di destinare le poche risorse pubbliche disponibili a quei servizi che non possono essere soddisfatti interamente con il ricorso al mercato (le cosiddette infrastrutture fredde),

2) i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa (comma 4).

Le novità introdotte all'articolo 4 Dl. n. 138/2011 sono molteplici:

a) al comma 1, dopo le parole «libera prestazione dei servizi», sono inserite le seguenti: «dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale».

Questa integrazione comporta una vera e propria inversione di impostazione rispetto al passato.

La nuova disciplina, infatti, rimette agli enti locali l'onere di motivare la scelta di sottrarre i servizi alla concorrenza 'nel mercato' e di sottoporli ad un regime di esclusiva.

In pratica il legislatore prevede l'obbligo per l'ente pubblico di operare a monte una valutazione sulla presenza o meno delle condizioni per una liberalizzazione di un servizio (di cui ha preventivamente determinato i contenuti degli obblighi di

servizio pubblico e universale), scegliendo se operare per l'attuazione di una «concorrenza nel mercato o per il mercato».

b) Il comma 3 è sostituito dal seguente: «per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma precedente è adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee»

c) Il comma 4 è sostituito dal seguente: «l'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per il parere obbligatorio, della verifica di cui al comma 1 e del relativo schema di delibera quadro di cui al comma 2, è effettuato entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali. La delibera quadro di cui al comma 2 è comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera, l'ente locale non

una preferenza per la gara rispetto all'affidamento diretto, come invece sembrerebbe risultare dall'articolo 106, comma 2, del TFUE?

È evidente che se si propende per l'una o l'altra interpretazione i possibili scenari sono completamente differenti.

Infatti, se si opta per l'alternatività ci sarà, verosimilmente, un ampio ricorso agli affidamenti diretti a società in house, e quindi un ritorno alle gestioni pubblicistiche dei servizi pubblici, con tutte le conseguenze negative che ciò comporta. Le società in house, infatti, sono state spesso utilizzate per scopi che vanno ben al di là di quella che dovrebbe essere la loro specifica missione, vale a dire la soddisfazione dei bisogni dei cittadini. Non è certo una novità che le società in house sono state, e sono tuttora, strumenti di lottizzazione del potere politico, al fine di assunzioni clientelari e quant'altro (gli episodi di malcostume sono all'ordine del giorno delle cronache giornalistiche). Ne deriva che perseguire una logica politica collide con la logica di mercato ed inevitabilmente porta ad inefficienze produttive con conseguente innalzamento dei costi e abbassamento della qualità del servizio.

Se invece si ritiene che la gara sia il modello preferibile, allora ci saranno delle chance di sviluppo. Infatti solo il mercato è in grado di garantire un servizio efficiente, efficace ed economico, e quindi soddisfare i bisogni della collettività. Il motivo è molto semplice. Infatti, un'impresa pri-

Urge dunque, come già sottolineato dal Governo nella seduta del Consiglio dei ministri del 24 agosto scorso, un nuovo intervento legislativo nella materia dei servizi pubblici locali per evitare contrasti con la giurisprudenza costituzionale e soprattutto per rispettare la volontà referendaria espressa da milioni di cittadini.

In attesa di nuovi interventi normativi e dovendo comunque una legge, se possibile, interpretarsi in senso conforme alla Costituzione, la disposizione di cui al comma 8, primo periodo, dell'articolo 4 del Dl. n. 95/2012, nel testo attualmente vigente, non si dovrebbe applicare alle società affidatarie di servizi pubblici locali di rilevanza economica; altrimenti, diversamente opinando, la norma contrasterebbe con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 199/2012. La soluzione del problema sarà comunque rimessa ancora una volta alla giurisprudenza, la quale dovrebbe seguire un'interpretazione costituzionalmente orientata.

#### 10. *Considerazioni finali.*

I futuri sviluppi della disciplina dei servizi pubblici locali, a mio modo di vedere, passano per la risoluzione del seguente quesito: come devono essere considerati i tre modelli gestionali? Sono modelli alternativi, come sembrerebbe emergere dalla sentenza della Corte, oppure c'è

può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo».

Queste prime tre novità descritte sono chiaramente finalizzate ad obiettivi di promozione della concorrenza e riduzione dei monopoli pubblici; inoltre sono aderenti agli orientamenti comunitari ed alle segnalazioni dell'Antitrust.

Altro aspetto che risulta evidente è come la verifica condotta dagli enti in ordine alla realizzabilità della gestione concorrenziale assuma ancora maggiore centralità.

Volendo schematizzare, le attività che devono svolgere gli enti locali sono le seguenti:

- 1) prima di tutto devono individuare i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi;
- 2) poi liberalizzano le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio;
- 3) se invece, in seguito ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, procederanno all'attribuzione di diritti di esclusiva;
- 4) in seguito alla verifica adottano una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta, ed evidenzia, per i settori sot-

tratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Poi valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

Nel caso in cui l'ente territoriale che attribuisce diritti di esclusiva abbia una popolazione superiore ai 10.000 abitanti, la delibera quadro deve essere sottoposta necessariamente al parere obbligatorio dell'AGCM, che deve pronunciarsi entro sessanta giorni.

Importante novità è quella introdotta al comma 13; infatti, il valore economico per consentire l'affidamento a società 'in house' scende da 900.000 euro/anno a 200.000 euro/anno. Questa riduzione limita ancor di più l'applicabilità della fattispecie 'in house' privilegiando il modello della gara.

Ulteriori importanti novità sono quelle apportate al regime transitorio previsto dal comma 32. Nello specifico viene disposto:

- 1) l'ulteriore slittamento del termine di cessazione degli affidamenti «non conformi» dal 31 marzo 2012 al 31 dicembre 2012 [art. 4, comma 32, lett. a)], e dal 30 giugno 2012 al 31 marzo 2013 per gli affidamenti a socie-

Una volta intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, il comma 8 solleva alcuni problemi di carattere interpretativo.

La Corte, infatti, ha dichiarato incostituzionale l'articolo 4 del Dl. n. 138/2011 e, per di più, ha individuato tra le principali cause di incostituzionalità proprio la previsione di limiti all'affidamento diretto in house della gestione dei servizi pubblici; in contrasto con la volontà popolare espressa all'esito del risultato referendario.

La legge n. 135/2012 (del 7 agosto 2012), che ha convertito, con modificazioni, il Dl. n. 95/2012 successivamente alla pronuncia della Corte (che è del 20 luglio precedente), ha mantenuto inalterato il contenuto dell'originario comma 8 del decreto legge, prevedendo soltanto delle specifiche esclusioni; tra le quali non sono comprese le società a cui sono affidati servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il che appare abbastanza sorprendente tenuto conto, non solo della sentenza stessa, ma anche di quanto stabilito dal comma 3 del medesimo articolo 4 del Dl. n. 95/2012 il quale, come visto, esclude espressamente dall'applicazione del comma 1 le «società che svolgono servizi di interesse generale», e dal comma 13 che esclude dall'applicazione dell'articolo 4 le società quotate e le loro controllate, nonché le società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio.

riferisce espressamente alle società che svolgono «servizi a favore di pubbliche amministrazioni» e, quindi, alle società strumentali; le quali, svolgendo servizi alla pubblica amministrazione, non erogano servizi pubblici, che si differenziano dai servizi strumentali a causa dell'erogazione di utilità nei confronti degli utenti (e non dell'amministrazione).

Di rilievo anche le disposizioni contenute nel comma 8 del citato art. 4.

Esso stabilisce che «a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui».

La 'ratio' della norma, di poco precedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, è quella di estendere il limite di € 200.000 - previsto per gli affidamenti diretti in house con riguardo ai soli servizi pubblici di rilevanza economica disciplinati dall'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 - a tutti gli affidamenti diretti in house a favore di società pubblica, qualunque sia il servizio oggetto dell'affidamento.

tà miste che non siano rispettosi dei requisiti della gara cd. «a doppio oggetto» [art. 4, comma 32, lett. b)];

2) l'integrazione del comma 32, lett. a), dell'articolo 4 con il seguente periodo: «in deroga, l'affidamento per la gestione "in house" può avvenire a favore di azienda risultante dalla integrazione operativa, perfezionata entro il termine del 31 dicembre 2012, di preesistenti gestioni dirette o in house tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-bis. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento in house all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni».

La deroga prevista dal punto due solleva però molteplici perplessità.

Questa disposizione, che consentirebbe alle imprese preesistenti titolari di gestioni dirette o in house di ottenere ‘ex lege’ un nuovo affidamento per massimo tre anni purché si aggregino entro il 31 dicembre 2012 in un'unica azienda operante come ‘gestore unico’ nel bacino o ambito considerato, fa riferimento da un lato ad una nuova tipologia di affidamento in house, dall'altro estende il proprio ambito applicativo anche alle gestioni dirette.

È evidente come un'impostazione del genere rischierebbe di determinare una restrizione del mercato in contraddizione con gli obiettivi pro-concorrenziali del decreto.

Altra novità è l'introduzione del comma 32 ter dopo il comma 32 bis.

Esso disciplina il periodo di ‘vacatio’ tra la fine di una gestione e l'inizio di una nuova o per l'apertura alla concorrenza in caso di liberalizzazione del settore.

Viene infatti stabilito che, al fine di non pregiudicare la continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i gestori devono assicurare la prosecuzione delle attività anche oltre le scadenze previste.

Il decreto legge ‘Cresci Italia’, inoltre, pone fine alla differenza di regime tra i vari tipi di trasporto regionale attraverso l'eliminazione del trasporto ferroviario regionale dai servizi esclusi, fa-

bre 2013 o l'alienazione delle relative partecipazioni entro il 30 giugno 2013.

Il comma 3, tuttavia, stabilisce che quanto disposto dal citato comma 1 non si applica alle «società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica». Ne consegue la non applicazione alle società che gestiscono o erogano servizi pubblici locali, rientrando questi ultimi nel novero dei «servizi di interesse generale».

Le disposizioni di cui al comma 1, inoltre, non si applicano nemmeno «qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, deve predisporre un'analisi del mercato e trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione».

L'espressa esclusione - dalle disposizioni in tema di scioglimento delle società e di alienazione delle partecipazioni pubbliche nelle stesse, di cui al comma 1 dell'articolo 4 del Dl. n. 95/2012 - delle società che svolgono servizi di interesse generale appare anche pleonastica alla luce di quanto previsto dal citato comma 1. Esso, infatti, si

dal Senato il 3 agosto, tra l'altro con le consuete amplissime maggioranze che caratterizzano il governo Monti, il comportamento del legislatore è sorprendente.

Purtroppo questo è un chiaro sintomo del decadimento della produzione legislativa in una materia, come i servizi pubblici locali, in cui sarebbe essenziale una normativa chiara e univoca, anche in virtù della loro importanza strategica per il Paese.

*9. Dl. n. 95/2012 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 135/2012.*

Ulteriori interventi in tema di servizi pubblici locali, che vanno ad alimentare dubbi e difficoltà interpretative a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, sono avvenuti con il decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95 (cosiddetto decreto 'spending review'), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012 n. 135.

L'articolo 4 del Dl. n. 95/2012, al comma 1, prescrive, con riguardo alle società controllate, direttamente o indirettamente, da una pubblica amministrazione, le quali «abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato», alternativamente, il loro scioglimento entro il 31 dicem-

cendo però salvi per sei anni i contratti già affidati.

Infine l'articolo 25 del Dl. n. 1/2012 introduce alcune novità in settori specifici come le aziende speciali, il servizio di distribuzione del gas naturale e i rifiuti; la loro trattazione tuttavia esula dall'oggetto del presente lavoro.

*6. Decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83.*

Ulteriori interventi sui servizi pubblici locali sono avvenuti tramite l'articolo 53 del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83.

Le novità più rilevanti sono quelle introdotte nell'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, ed è possibile suddividerle in due gruppi:

- 1) interventi sulla delibera quadro;
- 2) nuovo comma 35 bis.

Riguardo il primo punto, l'articolo 53 del Dl. n. 83/2012 ha modificato il procedimento di adozione della delibera quadro previsto dall'articolo 4 del Dl. n. 138/2011.

Infatti, è stato stabilito che il parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulla delibera quadro:

- a) è richiesto solo «nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui»;

b) non è più preventivo bensì successivo, dovendo intervenire sulla delibera dopo la sua adozione e trasmissione all'Autorità;

c) essendo obbligatorio, deve essere richiesto all'Autorità, la quale tuttavia non è obbligata a pronunciarsi nei previsti 60 giorni.

La delibera quadro va comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi entro novanta (e non più trenta) giorni dalla trasmissione del parere dell'Autorità.

Quanto al secondo punto, il nuovo articolo 35 bis dispone: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 35, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, la verifica di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, le attività di cui al comma 5 e le procedure di cui ai commi 8, 12 e 13 per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all'articolo 3-bis dagli enti di governo degli stessi istituiti o designati ai sensi del medesimo articolo».

Questa norma si riferisce solo ai «servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica», stabilendo che, ai fini del conferimento della loro gestione, tutte le attività che solitamente dovranno

che converte, con modificazioni, il Dl. n. 95/2012 (cosiddetto decreto 'spending review').

La legge 7 agosto 2012 n. 134 converte il decreto legge n. 83/2012 il cui articolo 53, come visto in precedenza, introduceva alcune modifiche al Dl. n. 138/2012.

La legge di conversione conferma tutto il testo dell'articolo 53 del Dl. n. 83/2012; l'unica novità è rappresentata dall'integrazione del comma 5 del Dl. n. 138/2011, stabilendo che dopo le parole «alle aziende esercenti i servizi stessi» sono inserite le seguenti «determinate, con particolare riferimento al trasporto pubblico regionale e locale, tenendo in adeguata considerazione l'ammortamento degli investimenti effettuati nel comparto del trasporto su gomma, e che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel bando di gara o nella lettera d'invito di cui al comma 11».

Ebbene la domanda sorge spontanea; com'è possibile che il legislatore, alla luce della sentenza della Corte che ha dichiarato incostituzionale l'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, converta in legge un decreto legge che va a modificare proprio quell'articolo 4, e per di più prevede anche delle novità ulteriori?

Se poi si considera che la sentenza della Corte Costituzionale è stata depositata il 20 luglio e la legge di conversione n. 134/2012 è stata approvata dalla Camera il 25 luglio e poi definitivamente

nale, acquisti di beni e servizi ed estensione del patto di stabilità.

L'intervento della Corte non incide nemmeno su alcune norme contenute nell'articolo 25 della legge n. 27/2012, tra cui rileva in particolare il comma 4, che riconfigura il ciclo integrato dei rifiuti e lascia la possibilità di riportare o meno nello stesso le attività di smaltimento.

L'intervento della Corte, infine, non colpisce le disposizioni inerenti le società partecipate, come le norme sulle dismissioni da parte dei Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, le previsioni relative al divieto di ripiano delle perdite o quelle relative alla necessaria coerenza con le finalità istituzionali degli enti soci.

#### 8. Legge n. 134/2012.

La sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale interviene in un momento in cui sembrava che la normativa in tema di servizi pubblici locali si fosse, in un certo qual modo, stabilizzata.

Il risultato che ne consegue è quello di andare ad incrementare la confusione ed incertezza che avevano caratterizzato gli ultimi anni.

Il disorientamento del legislatore emerge in modo evidente negli interventi normativi successivi alla pronuncia della Corte.

Il riferimento è alla legge di conversione del decreto legge n. 83/2012 e alla L. n. 135/2012

svolgere gli enti, cioè verificare la realizzabilità della gestione concorrenziale, definire gli obblighi di servizio pubblico, nonché procedere alla gara, vanno effettuate e osservate dagli enti di governo degli ambiti e dei bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all'articolo 3 bis, con riguardo ai medesimi ambiti e bacini.

#### 7. Sentenze della Corte Costituzionale n. 199 e 200 del 2012.

Recentemente la disciplina dei servizi pubblici locali è stata in gran parte azzerata per effetto della sentenza della Corte Costituzionale numero 199 del 2012 depositata il 20 luglio.

Si è visto come l'assetto dei servizi pubblici locali sembrava aver nuovamente raggiunto una certa stabilità grazie all'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148/2011, ed ai successivi interventi avvenuti con la L. n. 183/2011 (legge di stabilità 2012), con il Dl. n. 1/2012 (Cresci Italia) e infine con il Dl. n. 83/2012.

Tutta questa disciplina introdotta successivamente al referendum del 12 e 13 giugno 2011 è stata quasi totalmente cancellata dalla pronuncia della Corte Costituzionale, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 del Dl. n. 138/2011 e successive modifiche.

È assolutamente imprescindibile analizzare con precisione la sentenza in questione, per capirne i motivi e soprattutto gli effetti.

La Corte si è pronunciata su sei distinti ricorsi proposti dalle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna, riguardanti molteplici disposizioni del Dl. n. 138/2011 ed in particolare l'articolo 4.

Le principali argomentazioni proposte sono:

a) l'art. 4 violerebbe l'art. 117, comma primo, della Costituzione, ponendosi in contrasto con gli artt. 14 e 106 del TFUE e con l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché con l'art. 345 del TFUE che esprime il principio di neutralità rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche, e con il principio di 'preemption' in base al quale la regolamentazione dell'Unione europea avrebbe l'effetto di precludere a livello nazionale l'adozione di discipline divergenti;

b) l'art. 4, riproducendo quasi integralmente l'art. 23 bis del Dl. n. 112/2008 nonché il successivo regolamento di attuazione (D.p.r. n. 168/2010), si porrebbe in contrasto con la volontà popolare espressa attraverso il referendum del 12 e 13 giugno 2011, e quindi violerebbe l'art. 75 della Costituzione;

c) l'art. 4, rendendo ancora più limitato il ricorso all'affidamento diretto in house attraverso la previsione della soglia di 900.000 euro/anno (poi divenuta 200.000) e comprimendo quindi il

31/12/2015, a non più del 30% nonché, per quelle non quotate, specifiche scadenze).

Infine scompare la controversa deroga che prevedeva, per poter continuare la gestione del servizio a decorrere dal 1 gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2015, una fusione entro il 31 dicembre 2012 fra le preesistenti gestioni dirette o in economia, tale da delimitare un unico gestore d'ambito ai sensi dell'art. 3 bis del Dl. n. 138/2011.

La sentenza n. 199/2012, colpendo l'articolo 4 del Dl. n. 138/2011, determina l'abrogazione di gran parte della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; tuttavia non incide su numerose disposizioni previgenti o inserite successivamente.

Restano valide ed in vigore le disposizioni di cui all'articolo 3 bis inerente gli ambiti territoriali e i criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali.

Quindi resta la disposizione secondo cui l'organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali deve essere attuata in ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Sempre per effetto della mancata abrogazione dell'articolo 3 bis rimangono vigenti le premialità per gli enti locali in caso di dismissioni e le norme inerenti i vincoli per le società in house su perso-

siglio di Stato, infatti, la «gestione diretta» di un servizio di rilevanza economica sarebbe sempre possibile (se non auspicabile) in tutti quei casi in cui le ricadute di livello finanziario sull'ente affidante siano modeste.<sup>38</sup>

Quanto alle gestioni esistenti proseguiranno, fino alla scadenza naturale, gli affidamenti dei servizi effettuati a società pubbliche 'in house providing' che soddisfano i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria (totale partecipazione pubblica, controllo sul gestore analogo a quello svolto sui propri organi, svolgimento dell'attività in via prevalente con l'amministrazione aggiudicataria).

Inoltre, gli enti locali non hanno più l'obbligo di ridurre le proprie partecipazioni secondo tempi e modalità prestabilite, per poter portare a scadenza i contratti in essere (la norma dichiarata illegittima prevedeva per le società quotate in borsa di ridurre le azioni in mano pubblica, entro il

---

<sup>38</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 552/2011, afferma che «appartiene, in realtà, alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un Comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica».

potere degli enti locali di scegliere i modelli di gestione, determinerebbe una lesione della competenza regionale residuale in materia di servizi pubblici locali, eccedendo dall'ambito della competenza statale in materia di tutela della concorrenza. Ci sarebbe dunque una violazione del riparto di competenze tra Stato e regioni;

d) l'art. 4 violerebbe l'art. 77 della Costituzione in quanto, come già affermato dalla stessa Corte con la sentenza n. 24/2011, a seguito dell'abrogazione dell'articolo 23 bis del Dl. n. 112/2008, si applicherebbe immediatamente la normativa comunitaria; quindi non ci sarebbero quelle ragioni di necessità e urgenza che giustificano il ricorso al decreto-legge.

Queste sono le principali censure sollevate dalle regioni; quanto invece alla parte resistente, cioè la Presidenza del consiglio dei ministri rappresentata dall'Avvocatura generale dello Stato, essa ritiene infondate le questioni proposte dalle regioni in quanto coincidenti con quelle già presentate nei confronti dell'articolo 23 bis del Dl. n. 112/2008 e ritenute prive di fondamento dalla sentenza dalla Corte Costituzionale n. 325/2010.

Inoltre sottolinea come la 'ratio' del nuovo articolo 4 del Dl. n. 138/2011 sia quella di realizzare un sistema di concorrenza «nel mercato», mentre il vecchio 23 bis era tutto incentrato sulla concorrenza «per il mercato».

La resistente, in pratica, cerca di mettere in luce il fatto che l'intervento legislativo non fa altro

che sviluppare i principi comunitari i quali mirano a realizzare un mercato libero e concorrenziale, cercando in tal modo di rimediare al vuoto normativo creatosi a seguito del referendum.

Infine l'Avvocatura dello Stato osserva che la Corte Costituzionale, pur avendo escluso, più di una volta, la riproponibilità della disciplina abrogata a seguito del referendum, non aveva mai specificato la portata di tale preclusione.

La Corte, con la sentenza n. 199 del 2012, ha prima di tutto dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale avanzata dalla regione Puglia sull'art. 4 Dl. n. 138/2011, per difetto di un'adeguata motivazione.

Nello specifico si lamentava la violazione dell'art. 117, comma primo, Cost., per contrasto con gli artt. 14, 106, 345 del TFUE e 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché per violazione del principio di 'preemption'.

La Corte poi ripercorre le vicende dell'articolo 23 bis e del regolamento di attuazione, passando per il referendum e per il successivo intervento normativo avvenuto con l'articolo 4 del Dl. n. 138/2011.

Nella sentenza viene evidenziato come la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica «è non solo contraddistinta dalla medesima "ratio" di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione dell'ipotesi di affidamenti "in house", al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteral-

- gara ad evidenza pubblica, in questo caso in base alle normative inerenti le concessioni di servizi;
- società mista mediante selezione con gara a doppio oggetto del socio privato il quale svolge i compiti operativi e collabora con il soggetto pubblico, in applicazione delle disposizioni inerenti il partenariato pubblico privato, cioè senza vincoli relativi alla percentuale di capitale detenuta dal privato stesso;
- gestione 'in house providing' purché in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario (partecipazione pubblica totalitaria, controllo analogo e svolgimento della maggior parte dell'attività con l'amministrazione aggiudicatrice).

Ad una prima lettura<sup>37</sup> sembrerebbe che gli enti locali possano procedere ad una gestione del servizio anche «in economia» o mediante un'azienda speciale.

Il punto è controverso; tuttavia si propende per una tale soluzione sulla base sia delle novità introdotte dal Dl. n. 1/2012 e sia in virtù della giurisprudenza interna che già aveva affermato l'inesistenza di un simile divieto. Secondo il Con-

---

<sup>37</sup> Vd. *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della Sentenza della Corte Costituzionale del 20 luglio 2012 n. 199*, in [www.anci.it](http://www.anci.it).

zione della regolazione, che da un lato elimini gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati, e dall'altro mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale.

Successivamente la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, del D.l. n. 138/2011, il quale stabilisce, alla scadenza di un termine prestabilito (il 30 settembre 2012), l'automatica soppressione di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche previsto al comma 1 del medesimo articolo 3.

Secondo la Corte questa previsione appare viziata sotto il profilo della ragionevolezza in quanto, anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, determinando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici.

La conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del D.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 148/2011, è il ritorno alla situazione normativa determinatasi subito dopo il referendum; vale a dire l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria.

Quindi, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali potrà avvenire con tre modalità non ordinate gerarchicamente:

mente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23 bis contenuto nel D.p.r. n. 168/2010».

La Corte sottolinea come la nuova normativa sia decisamente meno favorevole rispetto a quella comunitaria, rendendo «ancora più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi».

La normativa comunitaria, infatti, consente la gestione diretta del servizio «allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacolano, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), e la sottopone alle sole condizioni della presenza 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”».

Le poche novità introdotte dall'articolo 4 accentuano solo la già residua possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti prevista dal 23 bis, che il referendum aveva escluso.

Inoltre, non può essere accettata la tesi di coloro che sostenevano che la volontà popolare espressa con il referendum fosse stata rispettata in quanto la nuova normativa escludeva espressamente il servizio idrico integrato; ciò perché il re-

ferendum, riguardando l'intero articolo 23 bis, colpiva numerosi altri servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il fatto che il referendum abbia avuto ad oggetto i servizi pubblici locali di rilevanza economica e non il solo servizio idrico trova conferma anche nella sentenza n. 27/2011 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata inammissibile la proposta di referendum diretta all'abrogazione della disciplina di liberalizzazione del solo servizio idrico. Peraltro, nella stessa sentenza n. 24/2011, i giudici di legittimità hanno precisato che non è possibile formulare «un quesito diretto ad abrogare la normativa dell'art. 23-bis solo per alcuni settori di servizi pubblici e non per altri, dal momento che avendo l'istituto referendario di cui all'art. 75 Cost. un'efficacia meramente ablativa (e non propositiva o additiva), il quesito non avrebbe mai potuto avere l'obiettivo di abrogare il suddetto articolo solo 'nella parte in cui' si applica ad uno o ad alcuni determinati settori di servizi pubblici locali».

In conclusione, la Corte afferma che la normativa in esame costituisce il ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» in contrasto quindi con l'intento perseguito dal referendum abrogativo.

Non può nemmeno ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del divieto di ripristino, considerato il brevissimo arco temporale intercorso tra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), durante il quale, peraltro, non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata.

La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 del 20 luglio va letta insieme alla sentenza n. 200/2012 dello stesso giorno, che interviene sull'articolo 3 del decreto-legge n. 138/2011.

La sentenza dichiara infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3, commi 1 e 2, del Dl. n. 138/2011, i quali affermano il principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», stabilendo che il legislatore statale o regionale deve mantenere forme di regolazione delle attività economiche volte a garantire, oltre che il rispetto degli obblighi internazionali, comunitari e costituzionali riguardanti la tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica, anche la sicurezza, la libertà e la dignità umana, come richiesto dall'articolo 41 della Costituzione.

Tali disposizioni non risultano incoerenti con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude ad una razionalizza-