ApertaContrada
RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita

di *Giuseppe Urbano*

Indice: 1. I servizi pubblici locali tra fughe in avanti pro concorrenziali e correzioni di rotta - 2. Il significato economico della concorrenza e i servizi pubblici locali - 3. Concorrenza "nel mercato" e concorrenza "per il mercato" - 4. La concorrenza nell'ordinamento giuridico e i servizi pubblici locali - 5. L'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (come modificato dal d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi) e il regolamento attuativo (d.P.R. n. 168/2010) - 6. I principi costituzionali sui servizi pubblici locali e la legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* (C. cost. n. 325/2010) - 7. Le vicende referendarie e l'abrogazione dell'art. 23-*bis* - 8. Gli artt. 4 e 5 del d.l. n. 138/2011 e la successiva legge di stabilità 2012 - 9. L'art. 25 del d.l. n. 1/2012 (decreto "Cresci Italia") - 10. L'art. 53 del d.l. n. 83/2012 (decreto sviluppo) - 11. L'effetto *Kirchman* si abbatte sui servizi pubblici locali: la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 - 12. L'involuzione del grado di concorrenzialità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e i margini per un nuovo intervento legislativo pro concorrenziale

1. I servizi pubblici locali tra fughe in avanti pro concorrenziali e correzioni di rotta

Non esiste vento favorevole per il marinaio che non sa dove andare. Con il brocardo senechiano possono riassumersi le incertezze e le contraddizioni cicliche che contraddistinguono il nostro ordinamento nello sviluppo della disciplina sui servizi pubblici locali e, in particolare, di quelli a "rilevanza economica".

Spesso, soprattutto negli ultimi due decenni, al centro dell'agenda politica, i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono, per un verso, fattore nevralgico per la crescita e lo sviluppo economico, per altro verso sono fonte di coesione sociale e di cittadinanza civile.

Sotto il primo aspetto, non solo rappresentano una quota importante dell'economia nazionale per fatturato e occupazione complessiva assolvendo anche un prezioso ruolo anticongiunturale in controtendenza rispetto alla recessione in atto[1], ma forniscono anche una rete di infrastrutture e servizi fondamentali per ridurre i costi e aumentare la produttività dei settori esposti alla concorrenza internazionale.

[1] Si pensi, a titolo di esempio, che negli ultimi cinque anni le principali industrie del settore (idrico, smaltimento rifiuti, trasporto pubblico locale, gestione della sosta, distribuzione di energia e gas) hanno registrato *trend* di crescita nei ricavi (+9,5%), nei livelli occupazionali (+5%) e negli andamenti degli investimenti medi annui (+7%). Il settore ha pertanto esercitato un ruolo anticongiunturale, in controtendenza rispetto agli effetti della recessione sulle principali imprese industriali, a causa delle caratteristiche dei relativi servizi (volti a soddisfare bisogni essenziali dei cittadini la cui domanda è rigida al prezzo e al reddito disponibile) e della struttura patrimoniale delle imprese (concentrata più su impieghi produttivi che su investimenti finanziari) (fonte: AGCM, *Relazione annuale* per il 2011, 31 marzo 2012, pubblicata su *www.agcm.it*).

Sotto il secondo aspetto, garantiscono l'omogeneità delle condizioni di vita e di contesto produttivo nelle diverse aree del paese ed elevano la qualità della vita dei cittadini[2].

Ed è anche questa importanza duplice che ne ha fatto arena di scontro politico e di accesi dibattiti giuridici ed economici. In essi hanno trovato espressione, infatti, la visione più liberale tendente al ridimensionamento della sfera pubblica e all'opposto quella di ispirazione socialista che vede proprio nell'intervento pubblico anche gestorio la migliore garanzia per la collettività. La prima è più propensa al dispiegamento delle piene potenzialità economiche del mercato dei servizi pubblici attraverso una gestione imprenditoriale privata che garantisca la massima efficienza. La seconda, invece, accentua la connotazione sociale degli stessi proponendo una gestione pubblica che, senza il giogo del profitto, ne garantisca meglio l'universalità e l'accessibilità.

Dopo quasi un secolo di gestioni pubbliche monopolistiche - con effetti fallimentari per l'efficienza dei servizi e l'adeguamento delle infrastrutture, oltre che con una eredità imponente sul versante del debito pubblico - negli anni '90 prende avvio un processo di trasformazione condotto a più riprese dal legislatore.

E' in questo periodo che i servizi pubblici vengono "catturati" dall'ordinamento comunitario ed assoggettati - a parte le eccezioni strettamente funzionali al perseguimento delle finalità sociali - alle regole del mercato e alla concorrenza.

Nonostante ciò, il funzionamento pienamente concorrenziale del mercato dei servizi pubblici è apparso dopo molto tempo ancora un miraggio e, peraltro, rispetto ai servizi pubblici nazionali, quelli locali si sono caratterizzati per un'accentuata asimmetria che ha reso quest'ultimi ancor più refrattari alle politiche di liberalizzazione.

In particolare, mentre nei servizi pubblici nazionali, il processo di trasformazione in senso pro concorrenziale si è da tempo incanalato in uno stato di irreversibilità, nei servizi pubblici locali si è assistito ad un significativo radicamento dei tradizionali modelli di intervento pubblico.

Rispetto ad essi anche il diritto comunitario si è mostrato piuttosto debole e indifferente, se non nel dissolvimento delle industrie verticalmente integrate[3].

Se si analizza la produzione scientifica sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, gli autori convergono nel qualificare tale processo di trasformazione come incerto, instabile, incompiuto, contraddittorio, parziale e incongruo[4].

---

[2] Per la specificazione del ruolo dei servizi pubblici locali nel senso indicato cfr. C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, a cura di ASTRID, 2011.

[3] Cfr. per queste ultime riflessioni G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, pp. 77.

[4] Cfr., tra le pubblicazioni più significative nell'ottica, del presente contributo, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005; L. Ammanati, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in *Le virtù della concorrenza* (a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri), 2006, pp. 371 e ss.; A. Pezzolli, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, *ivi*, pp. 385 e ss.; L. Ammanati - F. Di Porto, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, in

Al cuore di questi giudizi negativi v'è la constatazione dell'assenza di una trama lineare e coerente nella definizione del rapporto tra la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e tutela della concorrenza, essendo tale rapporto caratterizzato da illusorie fughe in avanti, seguite a ridosso da brusche correzioni di rotta.

L'impegno legislativo di quegli anni non è stato in gradi di risolvere gli esiti fallimentari dell'epoca precedente, facendo permanere assetti di mercato monopolistici e significative insufficienze regolatorie.

Sotto il primo profilo, il mercato è rimasto prevalentemente strutturato in "orti" monopolistici, costruiti peraltro seguendo la suddivisione amministrativa di base comunale, piuttosto che ambiti territoriali economicamente efficienti e gli affidamenti avvengono prevalentemente senza gara ad aziende pubbliche e con tempistiche pressoché illimitate.

Sotto il secondo profilo, la commistione di ruoli in capo ai comuni (concedenti, regolatori, proprietari delle aziende, gestori del servizio) ha creato un conflitto di interessi tale da privare di prospettive operative univoche l'azione dei gestori, i quali "strattonati" da più parti non possono dedicarsi ad una gestione efficiente[5].

Assetti monopolistici e insufficienze regolatorie hanno, in definitiva, favorito e avallato un sistema inefficiente caratterizzato, per un verso, da costi elevati dovuti ad una logica non imprenditoriale ed antieconomica anche a carico della fiscalità generale e, per altro verso, dalla bassa qualità dei servizi.

L'effetto pregiudizievole di tale sistema si è tradotto anche nel ritardo dell'adeguamento infrastrutturale. I costi elevati della produzione del servizio e le tariffe necessariamente basse (i Comuni non sono stati legittimati ad aumentarli a causa della bassa qualità degli stessi) hanno, infatti, impedito l'accumulo delle risorse necessarie a tal fine.

Ai limiti *interni* alla gestione dei servizi pubblici locali si è aggiunto un compressivo limite *esterno*, costituito dai vincoli di finanza pubblica via via più stringenti in considerazione dell'aggravarsi della crisi del debito pubblico, alla quale peraltro le falle antieconomiche della gestione dei servizi pubblici hanno in passato contribuito enormemente[6].

A questo vortice vizioso, il legislatore ha di recente reagito in modo energico per imprimere una svolta, dapprima con l'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 e poi con gli ultimi

---

Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali (a cura di L. Ammanati - F. Di Porto), 2007, pp. 57 e ss.; G. Di Gaspare, *Monopolio e competizione dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, *ivi*, pp. 165 e ss.; tra le pubblicazioni più recenti cfr. G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, 2010; M. Bianco - P. Sestito, *I servizi pubblici locali*, 2010; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, 2011; cfr. anche il volume di ASTRID che raccoglie gli scritti di C. De Vincenti e A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, 2011.

[5] Cfr. C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., p. 29 -30.

[6] Cfr. ancora Cfr. C. De Vincenti, *op. ult. cit.*, p. 29.

interventi normativi (art. 4 d.l. n. 138/2011 e la successiva produzione normativa del Governo Monti).

Di fronte alle nuove disposizioni, anche l'atteggiamento degli studiosi è mutato. Diffusi sono stati, infatti, i giudizi positivi sulla più decisa impostazione pro concorrenziale delle nuove disposizioni che, seppur soggette a continue modifiche, perseguivano una medesima prospettiva teleologica in un'ottica di progressivo perfezionamento.

A parte alcune critiche e l'esigenza di qualche affinamento vi era tra gli studiosi consenso quasi unanime sull'impostazione generale della disciplina[7]. Tale è stata la fiducia nel nuovo corso legislativo da suscitare negli operatori un senso di coerente compiutezza del quadro normativo, a tal punto da parlarsi di "stabilità"[8] della disciplina e dell'avvio di una "nuova era" dei servizi pubblici locali[9].

In questo quadro di ritrovata fiducia, però, una pesante battuta d'arresto nell'ottica pro concorrenziale è arrivata dal referendum del giugno 2011. Quest'ultimo, sebbene promosso con lo slogan - di per sé fuorviante - del referendum "contro l'acqua privata", ha investito l'interna disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23-*bis*[10].

A nulla è valso il tentativo del legislatore di dare un'interpretazione restrittiva all'esito referendario, limitandone la portata demolitoria al solo sistema idrico e riproponendo invece nell'art. 4 la residua disciplina contenuta nell'abrogato art. 23-*bis*; tentativo, peraltro, resosi necessario poiché, nel frattempo, l'esigenza di liberalizzare in modo più deciso il settore è stata invocata dalle autorità comunitarie nell'ottica di un rilancio dell'economia nazionale nella sfida della crisi del debito pubblico[11].

La Corte costituzionale, infatti, con sentenza n. 199/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 4 d.l. n. 138/2011 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost..

Il presente contributo - dopo un inquadramento sistematico della materia e della sua evoluzione - analizza gli effetti della richiamata pronuncia di incostituzionalità, evidenziando sotto quali aspetti si concretizza la perdita di concorrenzialità del sistema.

---

[7] Cfr. in questo senso, tra gli altri, F. Bassanini, *Introduzione*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit., p. 9.
[8] In questo senso cfr. A. Capitano, *Verso i servizi pubblici locali "stabili"?*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*;
[9] Questo è stato il titolo del convegno organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 5 luglio 2012.
[10] L'effetto abrogativo dell'art. 23-*bis* è riconducibile al d.P.R. n. 113/2011, che ha preso atto dell'esito del referendum.
[11] Dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici al punto 1 lett. *a*) della lettera si svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: "*A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations*".

Nonostante la pronuncia di incostituzionalità, si cercherà anche di individuare spiragli per riproporre anche nel prossimo futuro accorgimenti pro concorrenziali ammissibili, per contemperare il forzato passo indietro imposto dall'esito referendario.

Sicuramente è stata persa un'occasione. Nonostante il vento favorevole, il nostro ordinamento rimane in balia dell'incertezza, perché - condizionato dall'instabilità politica e dalle sue degenerazioni populistiche - ancora una volta non sa dove andare.

2. Il significato economico della concorrenza e i servizi pubblici locali

Il termine "concorrenza" rappresenta un concetto empirico di matrice economica. Il termine nasce nel linguaggio comune, prima ancora che nell'analisi scientifica, con un significato che può variare in ciascuna epoca ed in ciascun luogo.

Gli economisti, da parte loro, non hanno raggiunto un accordo generalizzato sul contenuto che andrebbe attribuito al concetto. Si deve riconoscere, anzi, che la rappresentazione del concetto è andata via via complicandosi attraverso una pluralità di letture tra loro discordanti.

Vi è, infine, l'uso del termine "concorrenza" che viene compiuto nel linguaggio giuridico: legislatori, giudici e giuristi. Qui, sebbene vi sia un certo grado di osmosi con le conclusioni proposte dalla scienza economica, capita spesso di incontrare nuove e diverse accezioni[12].

La nozione di concorrenza è tra le più dibattute ed incerte, sia in economia sia nel diritto; il che, è stato osservato, rappresenta uno "scandalo" per quelle discipline giuridiche che su di essa dovrebbero fondarsi[13].

Tra le numerose interpretazioni proposte, ve ne sono alcune che oggi appaiono maggiormente preponderanti. Esse non vanno lette in senso necessariamente conflittuale, presentando diversi profili di compatibilità[14]. Tra queste assume particolare rilevanza il modello della cd "concorrenza perfetta".

Questo modello assume che un mercato garantisca un'allocazione ottimale delle risorse allorché rispetti una serie di condizioni, tra le quali possiamo rammentare: (*i*) la razionalità dei partecipanti al mercato, nel senso che ciascuno di essi conosce ciò che vuole e lo persegue in modo intelligente, comprendendo le conseguenze delle proprie azioni; (*ii*) un numero elevato di venditori ed acquirenti, ciascuno di dimensioni non dissimili dagli altri; (*iii*) l'omogeneità dei prodotti oggetto di contrattazione; (*iv*) l'assenza di ostacoli fisici alla mobilità dei fattori della

---

[12] Per queste considerazioni cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, p. 3-4.

[13] Cfr. O. Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 6.

[14] In questo senso cfr. G. Fonderico, *op. ult. cit*, p. 12 e ss. Alla ricostruzione sintetica dell'autore si farà riferimento in questo paragrafo. Per una ricostruzione del tema cfr. M. D'Alberti, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), Milano, pp. 1140 e ss. e G. Fonderico, *Concorrenza (profili pubblicistici)*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), Roma, pp. 155 e ss.

produzione e, in particolare, l'assenza di costi irrecuperabili per entrare ed uscire dal mercato; (*v*) la disponibilità per tutti i partecipanti al mercato di informazioni accurate e complete sui prezzi e sulle qualità dei prodotti; (*vi*) l'indipendenza di ciascun partecipante al mercato.

In questa prospettiva esiste una condizione ottimale di efficienza (il cd. ottimo paretiano), definita come quella situazione di equilibrio in cui ciascuna parte non può vedere migliorata la propria posizione senza che intervenga un peggioramento a danno di un'altra[15].

Per quanto non sia un modello univoco di lettura del fenomeno concorrenziale e sia stato soggetto a critiche per la sua scarsa aderenza alla realtà[16], il modello della concorrenza perfetta si presta facilmente ad usi normativi, a suggerire cioè politiche pubbliche di regolamentazione delle attività imprenditoriali.

Per un verso, un mercato perfettamente concorrenziale dovrebbe avere qualità tali da farlo preferire ad altre forme di allocazione delle risorse astrattamente immaginabili (ad esempio il modello socialista di pianificazione). Per altro verso, qualora manchino una o più delle condizioni affinché la concorrenza possa dirsi perfetta, il mercato dovrebbe produrre allocazioni non ottimali delle risorse. Gli economisti parlano di *market failures* (espressione che può tradursi in fallimenti o, con più precisione, insuccessi del mercato), rispetto ai quali i poteri pubblici potrebbero adottare interventi correttivi di vario tipo. Si pensi al caso in cui alcuni o tutti i soggetti sul mercato non dispongano di informazioni complete e accurate, o a quello in cui un'impresa "dominante" sia in grado di influenzare da sola il prezzo di mercato. Lo Stato potrebbe correggere queste "imperfezioni", riportando il mercato verso le condizioni di concorrenza perfetta.

Uno dei fallimenti classici del mercato è il monopolio che si verifica quando l'intera offerta è concentrata nelle mani di un solo produttore o venditore, il quale di conseguenza, può esercitare

---

[15] In questo senso cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 15, secondo cui il modello è il frutto di una serie di studi compiuti all'incirca tra la meta dell'800 e la metà del '900 da numerosi economisti, tra i quali Cournot, Pareto, Jevons, Edgeworth, Marshall, Clark, Knight ed Arrow.

[16] Un primo modello alternativo vede la concorrenza come un processo continuo e tendenzialmente senza fine in cui le imprese si fronteggiano per conservare o conquistare nuovi clienti. Il processo di rivalità non giunge mai ad esiti definitivi potendo ogni situazione essere superata da nuovi sviluppi. Tale concezione è accolta anche dall'amministrazione inglese della concorrenza, cfr. Office of Fair Trading, 2003, p. 15); M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 2); Secondo G. J. Stigler, *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *Journal of political Economy*, 1957, pp. 1-2) si tratta di un'interpretazione del fenomeno concorrenziale che può farsi risalire quantomeno ad Adam Smith. Un secondo modello alternativo accentua gli aspetti dinamici della rivalità tra i concorrenti. In contrapposizione al modello della concorrenza perfetta che immagina un meccanismo tendente ad una condizione statica di equilibrio, alcuni autori hanno osservato che i maggiori benefici dal meccanismo concorrenziale non vengono da questi momenti di stasi. I miglioramenti, al contrario, giungono dalle occasioni in cui l'introduzione di nuovi prodotti, nuove tecnologie o nuovi modelli di organizzazione rompano l'equilibrio costringendo tutti gli altri operatori a riadattare i propri comportamenti. Questo processo — definito di "distruzione creatrice" — ricondurrebbe ad una diversa condizione di equilibrio sino al momento di una nuova innovazione: per la descrizione del modello in questi termini cfr. ancora G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 17 e ss. che richiama J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ETAS, Milano, 2001. Traduzione di *Capitalism, Socialism and Democracy*, George Allen & Unwin, Londra, 1954, con Introduzione di Francesco Forte, pp. 78-79).

un'influenza decisiva sulla gestione economica del bene o del servizio a favore della sua rendita e a pregiudizio dei destinatari dell'offerta.

Il monopolio in particolare può essere naturale quando è connesso al controllo esclusivo di particolari risorse, come le infrastrutture a rete che non sono tecnicamente o economicamente duplicabili. Il monopolio è invece legale quando è l'ordinamento giuridico ad assicurare a un determinato soggetto l'esercizio esclusivo di determinate attività[17].

Il monopolio naturale è il fallimento di mercato tradizionale che si verifica nei servizi pubblici locali[18]. In presenza di tale situazione la correzione del fallimento di mercato può passare attraverso la creazione artificiale di una piena concorrenza, ossia mettendo a gara la posizione di monopolista (concorrenza "per il mercato").

La disciplina sui servizi pubblici locali ha in gran parte presupposto i concetti economici di concorrenza e di fallimento di mercato, tant'è che, per esempio, il regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* chiedeva agli enti locali prima di procedere al riconoscimento del diritto di esclusiva alla gestione del servizio - e, dunque, alla gara per la scelta dell'unico gestore - di dimostrare la sussistenza di "*fallimenti del sistema concorrenziale*" (art. 2, comma 2, d.P.R. n. 168/2010) che impedivano la realizzazione di un sistema pienamente concorrenziale, ossia la concorrenza "nel mercato".

Anche il successivo schema di regolamento - che non ha mai visto la luce a causa della pronuncia di incostituzionalità - richiamava all'interno delle sue norme alcuni concetti propri della teoria economica e, in particolare, del modello concorrenziale. La verifica di mercato volta all'attribuzione dei diritti di esclusiva doveva dare evidenza, tra l'altro, della sussistenza di "*situazioni di monopolio naturale, anche con riferimento alla gestione delle opere infrastrutturali e degli impianti fissi*" (art. 2, comma 4, lett. *b*) della bozza di regolamento[19]).

Su tale disposizione si è espresso in sede consultiva anche il Consiglio di Stato rilevando che con l'espressione "*monopolio naturale*" si intende la "*situazione di mercato naturale in considerazione delle attività prestate o delle peculiarità del servizio (come nel caso di unicità dell'impianto da gestire)* e che tale situazione "*può non rappresentare un dato di fatto immutabile nel tempo, risultando condizionato dalla domanda e dell'evoluzione tecnologica (che modificano la struttura dei costi)*"[20].

Le norme appena richiamate e le considerazioni del giudice amministrativo dimostrano la consapevolezza che, per quanto sia frequente il fallimento di mercato a causa di monopoli naturali,

---

[17] Cfr. G. Napolitano - M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2009, p. 67.
[18] Cfr. A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, 2008, p. 328.
[19] Regolamento di attuazione dell'articolo 4, c. 33-*ter*, del d.l. n. 138/2011, recante "*i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*" .
[20] Cons. St., sez. cons. per gli atti normativi, n. 2805/2012.

non può però escludersi *a priori* che vi siano servizi pubblici locali che possano essere gestiti in una dinamica concorrenziale piena, ossia la concorrenza "nel mercato".

E', infatti, opinione comune che il monopolio non sia una caratteristica ineluttabile del mercato dei servizi pubblici locali. Sarebbe, dunque, auspicabile - come aveva imposto la legislazione degli ultimi mesi, prima della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale - che si verifichi con scrupolo la realizzabilità di un sistema di concorrenza "nel mercato" prima di porsi il problema di mettere a gara la posizione di monopolio[21].

3. Concorrenza "nel mercato" e concorrenza "per il mercato"

La "concorrenza nel mercato" dovrebbe consentire agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad "armi pari" riuscendo al contempo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere "libero" o al più caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica - qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti - in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori[22].

Può accadere, però, il pieno esplicarsi della concorrenza non sia in grado di soddisfare le esigenze di "*tutti*" i cittadini offrendo prestazioni informate "*ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni*". Da qui la necessità di un intervento pubblico che, con misure regolatorie, imponga alle imprese l'osservanza dei cd. "obblighi di servizio" idonei ad assicurare l'erogazione di prestazioni adeguate al perseguimento degli obiettivi di "*efficienza economica, di coesione sociale e di sicurezza di tutti i cittadini*"[23]. Si parla, a tal proposito, di servizio di interesse generale che - come chiarito anche dalla Corte costituzionale - è un concetto che ha contenuto omologo a quello di servizio pubblico inteso secondo la concezione oggettiva, la cui titolarità può spettare indifferentemente a imprese pubbliche o private[24]. In questi mercati "parzialmente" liberalizzati e, dunque, non ancora pienamente concorrenziali, all'autorizzazione all'esercizio dell'attività si accompagna normalmente un contratto di servizio al fine di consentire, dietro la previsione di aiuti e diritti speciali, l'imposizione dei citati obblighi di servizio[25]. In sintesi, in un

---

[21] Sulla priorità logico-giuridica della concorrenza "nel mercato" rispetto alla concorrenza "per il mercato" cfr. G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario*, in *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 42

[22] Cfr. A. Argentati, *op. ult. cit.*; pp. 291 e ss.; nello stesso senso R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, p. 737.

[23] Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, sui servizi d'interesse generale.

[24] Sul concetto di servizio di interesse economico generale e servizio pubblico secondo le categorie nazionali cfr. C. cost. n. 325/2010 che sarà esaminata nel paragrafo 6.

[25] R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, p. 737.

mercato in cui il funzionamento "*autonomo*" dello stesso non è in grado di soddisfare anche "*gli utenti marginali*"[26], l'autorità di regolazione deve prevedere degli "*oneri di servizio*" idonei a simulare o, per meglio dire, a dare vita artificialmente a quegli effetti che dovrebbero derivare da un confronto concorrenziale.

In presenza di tale tipologia di mercati in via di progressiva apertura alla concorrenza, ma non ancora completamente liberalizzati, gli operatori potrebbero essere presenti ancora in un numero limitato. Non potendo, pertanto, operare "*tutti*" i soggetti interessati, la pubblica amministrazione deve rispettare la cd. "*concorrenza per il mercato*" e cioè deve "*scegliere*" gli imprenditori cui affidare la erogazione di quel determinato servizio mediante procedure competitive di selezione ad evidenza pubblica, in modo da assicurare l'individuazione "*dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minore costo*"[27]. Autorevole dottrina denomina gli strumenti che attuano tali forme di concorrenza, per i risultati che gli stessi consentono di raggiungere, "*stimolatori di efficienza*"[28].

Esistono, infine, mercati cd. "riservati" in cui l'attività di impresa è, appunto, riservata ad un solo soggetto, con conseguente esclusione della legittimazione di tutti gli altri ad assumere la qualità di imprenditori in un determinato settore. Si tratta di ambiti in cui la mancanza della concorrenza "nel mercato" dipende dalla esistenza di monopoli naturali che, come è noto, si caratterizzano per la scarsezza del bene (ovvero per l'impossibilità di "duplicazione" della rete) che non può che avere un "unico" gestore. Purtroppo spesse volte la chiusura alla concorrenza deriva anche dalla esistenza di monopoli di fatto e non solo naturali. In questi casi normalmente è la stessa amministrazione che — attuando un intervento diretto nell'economia — gestisce il servizio. Ma come è noto la tendenza dovrebbe essere nel senso della diminuzione dell'intervento gestorio dell'ente pubblico con conseguente ricorso a forme di privatizzazione e, dunque, di "esternalizzazione" del servizio stesso. In questi casi quando l'ente pubblico decide di rivolgersi a terzi il diritto comunitario impone che si garantisca, come detto, la "concorrenza per il mercato" ricorrendo a procedure competitive di selezione che garantiscono i risultati sopra evidenziati[29].

Detto ciò, deve, però, sottolinearsi come la "concorrenza per il mercato" costituisca l'obiettivo minimo che deve essere garantito quando non è possibile ottenere l'erogazione di quel determinato "servizio" in un regime di "concorrenza nel mercato". Sul punto, l'Autorità antitrust ha, infatti, affermato che "*l'affidamento mediante gara — cioè la concorrenza per il mercato — (...)*

---

[26] L'espressione è di F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario*, 2001, Milano, 2002, 69.

[27] Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione (AS 375) del 28 dicembre 2006, recante «*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità cd. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi* ».

[28] F.Merusi, *La nuova disciplina dei servizi*, cit., 77.

[29] Sono le riflessioni di R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, p. 739.

costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza solo nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare. Viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza nel mercato tra tutti gli operatori. D'altra parte secondo l'impostazione dell'articolo 86.2 del Trattato CE, la concorrenza tra tutti i possibili operatori (cosiddetta concorrenza nel mercato) costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione"[30].

È, dunque, evidente come il concetto di "*liberalizzazione*" e "*privatizzazione*", per quanto siano connessi, rimangono separati: la prima presuppone un mercato "*libero*" e aperto a tutti gli operatori (pubblici e privati) del settore ovvero impone l'adozione di misure regolatorie (es. eliminazione di diritti speciali) idonee a garantire l'apertura del mercato; la seconda, invece, persegue l'obiettivo di far gestire il servizio ai privati evitando interventi diretti nell'economia di soggetti pubblici. Ciò implica che la liberalizzazione dovrebbe precedere la privatizzazione o almeno "*accompagnarla*": se si privatizza senza liberalizzare il rischio è quello di sostituire a monopoli pubblici monopoli privati. In altri termini, se il mercato rimane "*riservato*", l'amministrazione potrebbe "gestirlo" in una situazione di monopolio pubblico, ma se si rivolge a "*terzi*", quest'ultimi opereranno normalmente in via "*riservata*" dando luogo questa volta, come detto, a "*monopoli privati*". In definitiva, dunque, agli interventi diretti in economia da parte dell'ente pubblico è preferibile la privatizzazione soltanto quando la stessa è preceduta o almeno accompagnata da un processo di liberalizzazione[31].

Applicando queste nozioni al settore dei servizi pubblici locali e anticipando ciò che si illustrerà in dettaglio nei prossimi paragrafi, possiamo dire che tale settore è stato per lungo tempo caratterizzato dall'esistenza di un mercato "riservato" e dunque non "liberalizzato". L'orientamento dominante ritiene che ciò, in linea con quanto è avvenuto in passato (e in parte continua ancora ad avvenire) a livello nazionale, debba essere ricondotto all'esistenza sia di monopoli naturali sia di monopoli di fatto caratterizzati da situazioni di mercato che potrebbero essere potenzialmente aperti alla concorrenza[32].

Dopo anni di tentativi fallimentari, sia sul fronte della concorrenza "nel mercato" che della concorrenza "per il mercato", il legislatore nazionale sembrava aver avviato un più stabile processo virtuoso di trasformazione dei servizi pubblici locali. Il referendum abrogativo del giugno 2011 e la

---

[30] Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dell'8 novembre 2001, recante "*La disciplina dei servizi pubblici locali nell'articolo 23 del disegno di legge n. 699*", in Bollettino n. 43 del 2001.

[31] Le riflessioni proposte nel testo, anche nelle parole chiave, sono riprese da R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, p. 739

[32] Cfr. A. Argentati, *op. ult. cit.*; p. 328.

sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, come si vedrà nei prossimi paragrafi, ne ha determinato, però, una pesante battuta d'arresto.

4. La concorrenza nell'ordinamento giuridico e i servizi pubblici locali

Nella nostra Costituzione del 1948 non si può rintracciare una posizione precisa sulla concorrenza. Dalla sua lettura, nonché dall'esame dei lavori preparatori, è però possibile risalire alle premesse teoriche che hanno ispirato l'opera dei Costituenti. Le norme costituzionali sembrano il frutto di un compromesso tra le istanze più liberali e quelle desiderose di sottoporre l'economia ad un sistema di pianificazione centralizzata. La Costituzione riconosce l'iniziativa economica privata ma consente che la si sottoponga a "programmi e controlli" affinché essa sia indirizzata verso "fini sociali" (art. 41). I monopoli pubblici sono ammessi, come male minore e possibile rimedio ai monopoli privati (art. 43)[33].

In tempi più recenti, tuttavia, nel nostro diritto positivo è stata introdotta una norma (l. n. 287/1990), oggi fondata anche nella Costituzione (art. 117[34]), che tutela la concorrenza dalle azioni degli stessi concorrenti. Essa impone uno statuto speciale alle imprese con il maggiore potere economico, ne controlla la crescita, e vieta le intese restrittive tra concorrenti. Prima ancora che nelle disposizioni nazionali, la concorrenza era già divenuta oggetto specifico della tutela di alcune norme del Trattato Ce e del diritto da esse derivato, norme volte anch'esse al controllo delle imprese "dominanti" (art. 82; regolamento 4064/1989/Cee) ed alla proibizione degli accordi collusivi tra i concorrenti (art. 81).

Il perimetro della tutela della concorrenza si è notevolmente esteso allorché, sotto l'impulso del diritto comunitario, anche i servizi pubblici sono stati sottoposti alle regole del mercato (l'art. 86 del Trattato Ce - oggi art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE - ha imposto l'applicazione delle regole concorrenziali, salvo non arrechino pregiudizio al perseguimento della missione affidata - anche alle imprese titolari di "diritti speciali ed esclusivi").

L'estensione delle regole concorrenziali ai servizi pubblici ne ha provocato la liberalizzazione, limitando e in alcuni casi sopprimendo integralmente il precedente regime di riserva e monopolio legale, il quale per essere onnicomprensivo e fondato su un solo operatore nascondeva anche inefficienze e iniquità. Con l'affermazione della libertà di entrata , si è consentito a più operatori di divenire imprenditori nei settori prima riservati, senza riguardo alla loro natura pubblica o privata e vietando discriminazioni fondate sulla nazionalità[35].

---

[33] Per un'analisi pi approfondita cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, 2005, pp. 87 e ss.

[34] L'art. 117, comma 2, lett. *e*), assegna alla competenza esclusiva dello Stato la potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza.

[35] In questo senso cfr. S. Cassese, *op. ult. cit.*, p. 87.

Dall'evoluzione del principio concorrenziale nel nostro ordinamento, si possono ricavare tre considerazioni. La rivalità non è di per sé sufficiente, quando uno dei concorrenti abbia una forza preponderante. La rivalità è un valore per la collettività, tanto che le imprese non possono rinunciarvi liberamente e, infine, i monopoli, se sono un problema, lo sono a prescindere che abbiano carattere pubblico o privato[36].

Queste conclusioni sono confermate dall'esistenza di un altro corpo normativo, che regola le attività economiche private con lo scopo di promuovere la concorrenza. Tali norme presumono che, in date circostanze, l'azione libera degli imprenditori non produca un risultato complessivo ottimale. Tra queste circostanze vi è anche il caso dei servizi pubblici che siano stati liberalizzati dopo un lungo periodo di monopolio legale, e che vedano l'operatore dominante ex monopolista in una posizione che difficilmente i concorrenti possono scalzare. Per il legislatore di oggi, dunque, la concorrenza presume l'assenza di ostacoli normativi alla rivalità tra imprenditori ma non si limita a questo. Essa necessita, per funzionare correttamente, di un certo grado di protezione da parte dei pubblici poteri.

Le conclusioni raggiunte vanno ora misurate con la disciplina dei servizi pubblici locali. Si è già anticipato che rispetto ai servizi pubblici nazionali, i primi si sono caratterizzati per un'accentuata asimmetria che li ha resi alquanto refrattari alle politiche di liberalizzazione.

Va ricordato, peraltro, che in alcuni casi, i servizi pubblici locali sono stati considerati al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria in quanto la loro attività non incideva sugli scambi tra gli Stati membri[37].

Inoltre, la dimensione locale e la finalità sociale del servizio pubblico locale potevano comportare un collegamento con la politica di coesione economico sociale di cui agli artt. 158 e ss. del Trattato Ce con la conseguenza di limitare ulteriormente il campo di applicazione delle regole di concorrenza[38].

Più di recente, l'ordinamento nazionale sembra invece misurare in modo più diretto ed esplicito la compatibilità della disciplina interna sui servizi pubblici locali in relazione a quella comunitaria dei "servizi di interesse economico generale" (SIEG).

In particolare, la Corte costituzionale[39], partendo dalla considerazione che la nozione comunitaria di SIEG[40], ove limitata all'àmbito locale, e quella interna di SPL di rilevanza

---

[36] Cfr. G. Fonderico, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 22.

[37] Cfr. C. giust. Ue, sentenza *RISAN c. Comune di Ischia*, c- 108/98, secondo cui non sarebbe possibile invocare le libertà fondamentali del Trattato in relazione ad una situazione nella quale i relativi elementi risultavano "*tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che pertanto non presentano alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi*".

[38] Cfr. G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario*, in *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 42

[39] C. cost., n. 325/2010.

economica hanno "contenuto omologo"[41], ritiene di poter "*accertare se le differenze tra le due discipline siano tali da far venir meno* [...] *la loro compatibilità*". E' la dimostrazione che la disciplina interna sui servizi pubblici locali è assoggettata alla cogenza dei principi comunitari sui SIEG e, dunque, il parametro comunitario di riferimento per comprendere l'intreccio tra concorrenza e gestione dei servizi pubblici locali deve essere, in prima battuta, l'art. 86 del Trattato Ce (oggi art. 106 TFUE).

Su queste basi il diritto comunitario impone, in primo luogo, che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

Tale regola è derogabile nel caso in cui si ritenga che ostacoli, in diritto od in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico. In tale ipotesi l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto" [42].

Accanto all'affidamento a terzi con gara, l'affidamento del servizio può avvenire anche a favore di una società mista, cioè con capitale in parte pubblico ed in parte privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato). L'affidamento diretto del servizio (cioè senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società può avvenire a condizione che si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e che tale socio sia un socio "industriale" e non meramente "finanziario" (cd. gara a doppio oggetto)[43]. Non è richiesto alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato.

---

[40] I SIEG trovano un fondamento di diritto positivo negli artt. 14 e 106 TFUE. L'art. 14 riconosce l'importanza dei servizi di interesse economico generale "*nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale*". In particolare "*l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti*". L'art. 106 regola il rapporto tra concorrenza e servizi di interesse economico generale, stabilendo che "*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o 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*". Tuttavia, come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010 (v. *infra*, par. 6) la nozione di SIEG non è enucleabile dai richiamati artt. 14 e 106, poiché essi non stabiliscono le condizioni d'uso dell'espressione. La nozione è invece ricavabile dalle interpretazioni dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003).

[41] Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: *a*) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono sia la citata sentenza della C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze*, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (C. giust. Ue, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*).

[42] Art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l..

[43] In tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004.

In deroga alle ipotesi di affidamento in via ordinaria, è consentito il cosiddetto affidamento *in house*. Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo.

Il legislatore italiano trova nella disciplina comunitaria della concorrenza un limite negativo, ma non anche uno positivo. Al legislatore nazionale è riconosciuto, infatti, un "*margine di apprezzamento*" rispetto a princípi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza. Ne deriva, in particolare, che in ciascun Stato membro non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza[44].

Le possibilità di intervento del legislatore nazionale in nome della concorrenza sono molto ampie. Ciò è avvalorato dalla "nozione comunitaria di concorrenza", richiamata anche dall'art. 1, comma 4, della legge n. 287/1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone "*la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*"[45]. Essa pertanto – come affermato in numerose pronunce della Corte costituzionale[46] – può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali: *a*) misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust); *b*) misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità

[44] Cfr. in questo senso C. cost., n. 325/2010.
[45] sentenza n. 401 del 2007.
[46] Sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004.

imprenditoriale e della competizione tra imprese (per lo più dirette a tutelare la concorrenza "nel" mercato); *c*) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (dirette a tutelare la concorrenza "per" il mercato).

Nell'àmbito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto *c*), rientra espressamente la previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte a garantire il rispetto, per un verso, dei princípi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l'altro, delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

Il legislatore statale, dopo anni di incertezze e resistenze, aveva sfruttato appieno le possibilità di legiferare in senso pro concorrenziale anche in misura più decisa rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario.

Sul piano della concorrenza "nel mercato", con l'art. 23-*bis* aveva avviato un deciso processo di liberalizzazione che giustificava il regime in esclusiva, solo dopo avere verificato tramite analisi di mercato i "*fallimenti del sistema concorrenziale*" (art. 2, comma 2 del regolamento di attuazione, più diffusamente v. *infra* par. 5).

Sul piano della concorrenza "per il mercato" aveva reso del tutto marginale la possibilità di ricorso all'*in house* ai soli casi in cui le condizioni socie economiche del contesto territoriale di riferimento non avessero consentito l'utile ricorso al mercato.

Infine, nell'art. 4 d.l. n. 138/2011 - adottato dopo l'abrogazione referendaria - e nella legislazione del Governo Monti aveva, da una parte, riprodotto le richiamate misure pro concorrenziali contenute nell'art. 23-*bis*, le quali riguardavano propriamente la concorrenza "per il mercato". Dall'altra parte, aveva promosso un salto di qualità affinando anche la fase logicamente a monte della concorrenza "nel mercato" confermando, laddove possibile, l'abbattimento delle situazioni di monopolio.

La pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012 della quale si è fatto cenno già in premessa, nel tener conto dell'esito referendario, ha dichiarato l'incostituzionalità di tali disposizioni, eliminando le specificità pro concorrenziali che avevano caratterizzato l'ordinamento italiano nell'ultimo periodo.

Del vecchio regime rimane in piedi solo il divieto di gestione diretta dei servizi pubblici da parte dell'ente locale. Tale divieto è contenuto in una norma diversa dall'art. 23-*bis*[47] e, dunque, non è stata oggetto di abrogazione referendaria.

5. L'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (come modificato dal d.l. n. 135/2009, decreto Ronchi) e il regolamento attuativo (d.P.R. n. 168/2010)

Appare utile riportare il quadro normativo previgente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012, perché da esso può comprendersi - anche nelle sue criticità - la pronuncia della Corte e individuarsi lo spiraglio per un nuovo intervento del legislatore.

Prima della consultazione referendaria la disciplina generale dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali era contenuta nell'art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 (inserito dalla legge di conversione n. 133/2008), il quale aveva abrogato le disposizioni dell'articolo 113 del T.U.E.L. nelle parti incompatibili con le nuove disposizioni[48]. In quest'ultimo articolo era ed è contenuta la disciplina della gestione delle reti sulle quali l'art. 23-*bis* non interveniva in modo diretto.

Con il d.P.R. n. 168/2010 sono state adottate le disposizioni regolamentari previste dall'articolo 23-*bis* ("*il regolamento*"), che sono entrate in vigore il 27 ottobre 2010. Pur trattandosi di un regolamento autorizzato a disporre la delegificazione della materia (ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988), nella sostanza si trattava di un provvedimento attuativo della riforma[49].

Con riferimento all'ambito di applicazione, l'art. 23-*bis* si applicava, in forza del comma 1, "*a tutti i servizi pubblici locali*", prevalendo sulle "*discipline di settore […] incompatibili*", salvo quelle relative ai quattro cosiddetti "settori esclusi" (distribuzione di gas naturale; distribuzione di energia elettrica; gestione delle farmacie comunali; trasporto ferroviario regionale)[50]. Per quanto superfluo, trattandosi di servizi resi all'amministrazione e non al pubblico, il regolamento attuativo[51] escludeva espressamente dall'ambito di applicazione della norma anche i servizi resi dalle società cd. strumentali[52]. La disposizione, dunque, non esplicitava gli elementi distintivi del

---

[47] Divieto introdotto dall'art. 35 della legge n. 448/2001 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del d.l. n. 269/2003 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326/2003.

[48] L'articolo 23-*bis* è stato a sua volta modificato dapprima dalla legge n. 993/2009, poi dal d.l. n. 135/2009, convertito dalla legge n. 166/2009, e infine, limitatamente alla disciplina transitoria del trasporto pubblico locale, dal d.l. n. 22/2010.

[49] Cons. St., parere 14 giugno 2010, n. 2692. Sul regolamento cfr. R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2008, p. 1115.

[50] Si tratta di settori già assoggettati ad una disciplina specifica. E' stato sostenuto (A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, a cura di ASTRID, 2011, pp. 73 e ss.) che in alcuni casi l'esclusione dall'ambito di applicazione della normativa generale garantisce una disciplina maggiormente pro concorrenziale (si veda per esempio il d.lgs n. 164/2000 per la distribuzione del gas naturale) e, in altri casi, condizioni peggiori (si veda il caso della distribuzione dell'energia elettrica disciplinata dal d.lgs n. 79/1999 e la legge n. 239/2004, nella quale è prevista una conservazione molto lunga degli assetti previgenti).

[51] Art. 1, comma 3, lett. *e*).

[52] Disciplinate dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006, cd. Decreto Bersani.

"servizio pubblico locale di rilevanza economica", rimettendo all'interprete l'onere della individuazione caso per caso secondo i criteri individuati dalla giurisprudenza[53]. Erano da ritenersi compresi nell'ambito di applicazione: il ciclo idrico, il ciclo dei rifiuti e trasporti pubblici di persone regionali e locali, esclusi come si è visto i trasporti ferroviari regionali[54]. A questi dovevano aggiungersi tutti gli altri servizi minori che tradizionalmente vengono fatti rientrare tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica (parcheggi, assistenza anziani, trasporti scolastici, ecc.).

Passando ai dettagli della disciplina, una delle misure più qualificanti dell'art. 23-*bis* riguardava la fase a monte della gestione dei servizi pubblici locali, vale a dire la definizione dell'assetto di mercato.

In altre parole, l'art. 23-*bis* non si preoccupava della sola concorrenza "per il mercato" attraverso la disciplina delle modalità di affidamento del servizio (v. *infra*), ma anche della concorrenza "nel mercato" che è logicamente e giuridicamente prioritaria rispetto alla prima. In questa ottica, l'art. 23-*bis* delegava il regolamento a "*limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale*" (comma 10, lett. *g*).

Si tratta di un aspetto particolarmente significativo, sintomatico delle nuove intenzioni del legislatore. Infatti, negli interventi normativi succedutisi dagli anni '90 in poi la dimensione a monte della concorrenza "nel mercato" era stata sempre sostanzialmente trascurata[55].

Il regolamento attuativo (art. 2), in attuazione della norma di rango primario, conteneva un'analitica previsione di "*misure in tema di liberalizzazione*". In particolare imponeva la verifica in capo agli enti locali della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva solo ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non fosse risultata idonea a garantire il servizio secondo gli obiettivi auspicati e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche (comma 1).

Da un punto di vista procedurale la verifica svolta andava riversata in una delibera quadro - da svolgere periodicamente e, comunque, prima di ogni affidamento da conferire o da rinnovare - che costituiva il presupposto di legittimità dell'assetto di mercato sottratto alla liberalizzazione.

---

[53] Sulla individuazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica cfr. C. cost. 27 luglio 2004, n. 272; Corte dei conti, Delibera sez. reg. Lombardia n. 195/2009; Cons. St., sez. V, 27 agosto 2009, n. 195.

[54] Sulla modesta rilevanza della riforma, a causa del suo limitato ambito di applicazione cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, *op. cit.*, pp. 69 e ss..

[55] Per una ricostruzione dei passaggi legislativi precedenti all'art. 23-*bis* nell'ottica pro concorrenziale cfr. R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, cit., pp. 737 e ss.

Per riprendere il linguaggio economico, la gestione in esclusiva in posizione di monopolio doveva essere giustificata nella richiamata delibera con l'indicazione dei "*fallimenti del sistema concorrenziale*" (comma 2). Alla delibera doveva essere data adeguata pubblicità e inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), anche se solo ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge n. 287/1990 (comma 3).

Tra le disposizioni regolamentari sulle misure di liberalizzazione figuravano anche le modalità di determinazione degli obblighi di servizio pubblico e dei compensi corrispettivi (comma 5). Infine, veniva richiamata espressamente la normativa antitrust che consente, pur nel regime di esclusiva, l'autoproduzione da parte di terzi (art. 9 legge n. 287/1990), e che impone obblighi di correttezza, imparzialità e di trasparenza al titolare di diritti esclusiva che voglia operare anche in mercati diversi da quello dove ha l'esclusiva (art. 8, commi 2-*bis* e 2-*quater* legge n. 287/1990).

Quanto alla concorrenza "per il mercato" - e, dunque, nel caso di irrealizzabilità della concorrenza "nel mercato" - l'art. 23-*bis* disponeva che l'affidamento della gestione del servizio pubblico locale dovesse avvenire, "*in via ordinaria*", mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, a favore non solo delle società di capitali, ma, più in generale, degli "*imprenditori o […] società in qualunque forma costituite*".

La norma non conteneva indicazioni specifiche sulle modalità di selezione dell'affidatario[56], che invece dovevano ricercarsi in altre disposizioni. Per un verso, le concessioni di servizi (comprese quelle di servizi pubblici)[57] sono disciplinate dall'art. 30 del Codice dei contratti pubblici il quale fa riferimento ai principi generali riconducibili direttamente al Trattato: trasparenza, adeguata, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Per altro verso, la disciplina generale era specificata dal regolamento con l'indicazione di criteri pro concorrenziali tratti dalla prassi degli appalti e dalle indicazioni dell'Autorità antitrust sui requisiti di partecipazione, l'oggetto della gara, la durata, le ATI, ecc.)[58].

---

[56] La disciplina delle gare è un aspetto su cui la normativa è stata sempre carente. Tant'è che l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici dedicò ampio spazio alla questione con la Segnalazione del 3 giugno 2010 "*Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*".

[57] In termini generali, può dirsi che risulta ormai consolidata, benché si tratti di nozione lungamente dibattuta specie nella prospettiva di diritto interno, l'opinione, di matrice comunitaria, e ben concettualizzata a fare tempo almeno dalla Comunicazione interpretativa in data 12 aprile 2000 della Commissione delle Comunità europee, secondo cui il vero *discrimen* tra concessione ed appalto vada ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio; in particolare, dunque, può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se (almeno per la parte prevalente) la remunerazione del concessionario derivi dalla gestione del servizio (v. da ultimo T.A.R. Perugia n. 26/2010). In coerenza con tale elaborazione, l'art. 30 del Codice dei contralti pubblici, al secondo comma, stabilisce che "*nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio*". La concessione di "servizio pubblico" che viene specificamente in rilievo ai nostri fini è una specie della più generale concessione di servizi.

[58] Art. 3, commi 1 e 3, del regolamento.

Sebbene mancassero norme specifiche sulle modalità di scelta dell'affidatario, l'art. 23-*bis* conteneva due disposizioni dirette a dare una conformazione ottimale alla gara. La prima consentiva l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui si poteva dimostrare che tale scelta fosse economicamente vantaggiosa (comma 6). La seconda, conferiva alle regioni e agli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, il potere di definire i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale (comma 7)[59]. Quest'ultima previsione consentiva, dunque, di replicare con riferimento a tutti i servizi pubblici locali, le esperienze positive che hanno caratterizzato da tempo la gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione integrata dei rifiuti, da ultimo esteso anche nell'ambito del servizio di distribuzione del gas[60].

Oltre all'affidamento con gara a terzi, tra le forme "ordinarie"[61] di affidamento figurava l'affidamento diretto (cioè senza gara ad evidenza pubblica) a società a capitale misto pubblico e privato, a condizione che il socio privato venisse scelto con procedura ad evidenza pubblica e che quest'ultima fosse a doppio oggetto (cioè riguardasse la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio). L'art. 23-*bis* aggiungeva l'ulteriore condizione che al socio privato fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Il regolamento completava il quadro normativo di riferimento prevedendo alcuni criteri da seguire per la gara di selezione del socio privato, in modo tale che fosse concretizzata la previsione sull'operatività del socio (art. 3, comma 4). In questo senso andava letta, per esempio, la regola che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio dovessero prevalere di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie (art. 3, comma 4, lett. *a*)).

Il carattere "ordinario" di siffatta modalità di affidamento la rendeva pienamente alternativa all'affidamento a terzi. L'Amministrazione non avrebbe più dovuto motivare sulle ragioni del ricorso alla società miste proprio come accade quando decide di bandire una gara per l'affidamento a soggetto terzo[62].

---

[59] In questo caso era previsto però l'aggravio procedura dell'intesa con la Conferenza Unificata (art. 8 d.lgs. n. 281/1997).

[60] Per un'analisi, anche sul piano dell'efficienza, cfr. M. Benvenuti – E. Gennari, *Il servizio idrico*, in *I servizi pubblici locali* (a cura di M. Bianco – P. Sestito), cit., pp. 143 e ss. Nello stesso testo si vedano P. Chiades – R. Torrini, *Il settore dei rifiuti urbani*, *ivi*, pp. 121 e ss.; S. Giacomelli, *La distribuzione di gas naturale*, *ivi*, pp. 93 e ss.

[61] Cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, op. cit., p. 97: la società mista doveva considerarsi non più una "deroga" alla regola della gara, ma una sua "variante".

[62] Cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, op. cit., p. 103.

Il modello della società mista come definito dall'art. 23-*bis* rispondeva alle indicazioni fornite dal giudice amministrativo italiano[63], dalle autorità comunitarie[64] e poi confermate definitivamente dalla Corte di giustizia[65].

Rispetto alle indicazioni tradizionali, l'art. 23-*bis* prevedeva una specificità, ossia il limite minimo di partecipazione privata pari ad almeno il 40%. Secondo la Corte costituzionale tale misura minima della partecipazione aveva una connotazione pro concorrenziale, poiché introduceva un onere in assenza del quale si doveva riespandere la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tant'è che proprio sull'assunto del carattere pro concorrenziale della disposizione, la stessa è stata ritenuta costituzionalmente legittima: il legislatore nazionale può, infatti, introdurre misure concorrenziale più stringenti rispetto a quelle minime stabilite dal diritto comunitario[66].

In realtà, come si vedrà meglio nell'analisi dei principi costituzionali della materia, la lettura della Corte costituzionale non sembra in linea con la *ratio* del modello costruito anche con l'apporto concettuale delle autorità comunitarie e giurisdizionali. L'affidamento a società mista alle condizioni indicate dalle autorità comunitarie e giurisdizionali, infatti, ha pari dignità rispetto all'affidamento tramite gara a terzi e, dunque, vi sarebbe la piena equidistanza dei due modelli rispetto alle aspirazioni pro concorrenziali del sistema. In questa logica la correzione del modello della società mista con la previsione di una misura minima di capitale privato suonerebbe come un aggravio ingiustificato.

A prescindere dal suo significato *qualitativo* ai fini della tutela della concorrenza, anche la misura *quantitativa* indicata del 40% ha dato origine ad alcune riflessioni contrastanti. Per un verso, alcuni hanno sostenuto la insufficienza del limite indicato rispetto all'esigenza di un pieno coinvolgimento del privato nell'apporto di *know-how*, competenze e capacità gestionali anche al fine di incrementarne l'efficienza[67]. Per altro verso, altri autori hanno rimarcato al contrario l'assenza di un limite massimo alla partecipazione del privato. Circostanza che avrebbe potuto condurre allo stravolgimento dello schema concepito dalle autorità comunitarie e dalla

---

[63] La prima compiuta definizione della questione venne svolta da Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456. In realtà il parere sembra ritenere eccezionale il ricorso alla società mista rispetto all'affidamento a terzi poiché richiede la motivazione in ordine al mancato ricorso integrale al mercato. Successivamente sul modello della società mista si è espresso, assumendo una posizione confermativa rispetto al parere n. 456/2007, Cons. St., Ad. pl., 3 marzo 2008, n. 1. Il modello della società mista è stato definitivamente sdoganato con Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555.

[64] Cfr. in particolare, da ultimo la Comunicazione della Commissione europea sul partenariato pubblico-privato istituzionale (IPPP) del 5 febbraio 2008. In precedenza Libro verde 30 aprile 2004 e Risoluzione del Parlamento europeo 26 ottobre 2006 sui partenariati pubblico-privati (2006/2043(INI).

[65] C. giust. Ue, 15 ottobre 2009, C-196/2008.

[66] V. *infra* prossimo paragrafo che si soffermerà sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010.

[67] Cfr. D. Agus, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2010, pp. 464.

giurisprudenza, consentendo al privato di affrancarsi da una condizione meramente operativa per sostituirsi all'ente locale nel ruolo di controllo[68].

Rispetto alle ipotesi ordinarie di affidamento, il legislatore aveva mantenuto la possibilità di avvalersi della forma di gestione *in house*, ma al ricorrere di condizioni molto severe.

A livello procedurale, l'art. 23-*bis* stabiliva la necessità sia di una previa pubblicità adeguata, sia di una motivazione dell'ente in base ad un'analisi di mercato, con trasmissione di una relazione da parte dell'ente all'AGCM, per un parere obbligatorio (ma non vincolante), da rendere entro 60 giorni dalla ricezione (decorso il termine di 60 giorni dalla ricezione della relazione, "*il parere, se non reso, si intende[va] espresso in senso favorevole*").

A livello sostanziale, l'affidamento *in house* era consentito alle condizioni che già lo legittimavano (capitale interamente pubblico; controllo analogo; prevalenza dell'attività in favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti), ma solo ove sussisteva l'ulteriore condizione della ricorrenza di "*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*" (commi 3 e 4).

La severità dei presupposti per ricorrere all'*in house* venivano temperati, in primo luogo, nei casi di affidamenti quantitativamente più modesti. Il parere dell'AGCM non sarebbe stato necessario nel caso di affidamenti il cui valore fosse stato inferiore a 200.000 euro. In realtà la previsione non appariva molto chiara: si poteva immaginare un sistema semplificato in cui il singolo Comune poteva ricorrere all'*in house* senza motivare sulla sussistenza dei presupposti eccezionali, oppure si poteva ritenere che la semplificazione riguardasse l'aspetto procedurale del parere preventivo dell'AGCM, fermo restando la necessità di dimostrare l'impossibilità del ricorso al mercato[69].

In secondo luogo, era prevista una disciplina differenziata per il settore idrico. Infatti, l'ente affidante poteva rappresentare "*specifiche condizioni di efficienza*" che rendevano la gestione *in house* "*non distorsiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto ad una modalità alternativa di gestione*". In particolare si doveva avere riguardo a: *a*) alla chiusura dei bilanci in utile, escludendosi a tal fine qualsiasi trasferimento non riferito a spese per investimenti da parte dell'ente affidante o altro ente pubblico; *b*) al reinvestimento nel servizio almeno dell'80 per cento degli utili per l'intera durata dell'affidamento; *c*) all'applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore; *d*) al raggiungimento di costi operativi medi annui con un'incidenza sulla tariffa che si mantenga al di sotto della media di settore.

---

[68] Cfr. B. Giliberti, L. R. Perfetti, I. Rizzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. 135/2009*, in *Urb. e app.*, n. 3/2010.

[69] Cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, *op. cit.*, pp. 109-110.

Il legislatore aveva cioè individuato una serie di indici di efficienza - opportunamente calibrati nell'interesse dell'utenza - che facevano presumere una gestione ad effetto pro concorrenziale. In altre parole, erano stati individuati *a priori* dei risultati gestionali analoghi a quelli che si potevano concretamente avere se il gestore fosse stato scelto con gara.

Nondimeno erano state rivolte alcune critiche alla disposizione. In primo luogo, veniva negata la competitività e il gestore continuava ad operare sulla base di una valutazione soltanto presuntiva della sua superiorità concorrenziale. In secondo luogo, l'AGCM non aveva poteri efficaci per poter interdire una valutazione erronea dell'ente locale.

A parte la disciplina derogatoria sull'affidamento diretto, in termini più generali il legislatore aveva mostrato una particolare sensibilità nei confronti del servizio idrico, consapevole probabilmente della particolare rilevanza che in questo settore assumono i caratteri di accessibilità e universalità del servizio. Il legislatore aveva, infatti, rimarcato che le forme di affidamento del servizio dovevano comunque avvenire nel rispetto della piena ed esclusiva proprietà pubblica dell'acqua e del governo pubblico (qualità e prezzo) delle risorse idriche[70].

Il sistema a regime così delineato era completato dal divieto per gli affidatari diretti (con esclusione delle società quotate)[71] di svolgere servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che fossero da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare (comma 9).

Divieti di questo tipo, con varie sfumature, erano già presenti nella legislazione previgente[72] e sono una costante della disciplina sui servizi pubblici locali. Essi rispondono all'esigenza di evitare che partecipino alle medesime gare e più in generale competano nel medesimo mercato soggetti, che svolgono tutti attività d'impresa, ma alcuni da una situazione di privilegio godendo della posizione che gli deriva da un affidamento senza gara. D'altronde, sempre nella stessa ottica, analoghi divieti sono previsti dal legislatore anche in ambiti diversi dai servizi pubblici locali, come per esempio quello delle società strumentali di cui all'art. 13 del d.l. n. 223/2006 cd. Decreto Bersani[73].

Il divieto era comunque temperato nel caso delle cosiddette "prime gare", che consentivano eccezionalmente la partecipazione agli affidatari diretti alla prima gara successiva alla conclusione

---

[70] Cfr. A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, op. cit., pp. 112.

[71] La disposizione aveva una portata soggettiva molto ampia, poiché il divieto valeva non solo per le società affidatarie dirette, ma anche per le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che in Italia o all'estero gestivano un servizi pubblico locale.

[72] Cfr. R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, cit., p. 770.

[73] Secondo l'interpretazione costituzionale della Corte l'art. 13 mira ad "*evitare che un soggetto (la società strumentale), che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*" (C. cost., n. 326/2008). Ma lo stesso principio vale anche se l'attività esercitata dalla pubblica amministrazione è erogazione di servizi al pubblico in forma di impresa, dovendosi anche in tal caso impedire "*che soggetti dotati di privilegi* (l'affidamento diretto) *operino in mercati concorrenziali*".

del periodo transitorio (v. *infra*), proprio per evitare una pesante compressione dell'attività di impresa e, comunque, per garantire un adeguata competizione nelle prime gare per l'affidamento a regime dei servizi pubblici locali.

Uno dei profili più discussi dell'art. 23-*bis* riguardava l'estensione del divieto anche alle società miste affidatarie dirette secondo la disciplina ivi prevista. Sembrava anomalo, infatti, che l'affidamento a società mista fosse, per un verso, parificato all'affidamento a società scelta con gara e poi, per altro verso, si estendeva alla prima un limite tipico della società *in house* rispetto alla quale si era profondamente differenziata. Queste perplessità erano state accolte dalla giurisprudenza[74] proprio facendo riferimento all'assoluta simmetria tra la scelta del privato cui affidare la gestione di un servizio pubblico locale mediante gara (comma 2, lett. *a*), art. 23-*bis*) e la scelta del partner privato del costituendo modulo societario misto, destinato a divenire "socio operativo", anch'esso selezionato all'esito di una procedura di evidenza pubblica (comma 2, lett. *b*), art. 23-*bis*). Secondo il giudice amministrativo, un'interpretazione restrittiva del comma 9 dell'articolo 23-*bis*, seppure consentita dalla lettera della stessa, non poteva essere condivisa, giacché l'affidamento a società mista costituita con le modalità indicate dal comma 2, lett. *b*), dell'art. 23-*bis* era, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello mediante pubblica gara, sicché sarebbe risultata irragionevole ed immotivata l'applicazione nei confronti di società della specie del divieto di partecipazione alle gare bandite per l'affidamento di servizi diversi da quelli in esecuzione[75].

A livello di normativa di rango primario, la chiusura del sistema era affidata alla disciplina della fase transitoria, per gli affidamenti già in essere al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni. Si trattava di un aspetto molto delicato perché in casi del genere l'esigenza di effettività delle nuove disposizioni deve comunque temperarsi con quella contrapposta di salvaguardare l'affidamento dei privati e le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata degli affidamenti[76]. Per quanto congrua e coerente con l'impostazione generale della riforma, alcuni aspetti della disciplina transitoria avevano suscitato alcune critiche. In particolare è stato sottolineato l'ingiustificato trattamento privilegiato delle società quotate che potevano

---

[74] Cfr. dapprima TAR Calabria, n. 561/2010 e poi Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222.

[75] La sentenza richiama i principi dettati dall'Unione europea in materia di partenariato pubblico privato (cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati (PPPI) 2008/C91/02 in G.U.U.E. del 12 aprile 2008).

[76] Le diverse scadenze dei rapporti in corso dipendevano dalla combinazione di due aspetti: la natura del soggetto gestore e il titolo che legittima la gestione. Il nostro legislatore in questa occasione, come d'altronde in quella precedente (2003), aveva differenziato le date di scadenza degli affidamenti non conformi alla nuova disciplina, in relazione alla conformità o meno alla disciplina previgente. Di conseguenza le gestioni esistenti già conformi alla nuova disciplina permanevano nei termini loro propri, durata compresa; quelle non conformi cessavano anticipatamente, in tempi diversi in relazione alla conformità o meno alla disciplina che li regolava quando sono sorte. La cessazione o la nuova durata derivavano direttamente dalla legge, senza necessità di deliberazioni degli enti affidanti (in questo senso A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, op. cit., pp. 84-85).

mantenere l'affidamento diretto a condizione di ridurre nei limiti indicati la partecipazione pubblica, peraltro, con la possibilità di cedere la partecipazione anche a trattativa privata[77].

Rispetto al quadro descritto, alcune importanti novità emergevano anche dalle norme del regolamento, il quale era stato autorizzato ad un ampio intervento riformatore[78].

Fra le disposizioni più rilevanti vi erano quelle dirette a distinguere le funzioni di regolazione e funzioni di gestione (art. 8). La *ratio* della norma era quella di perseguire un duplice obiettivo. Per un verso, evitare possibili conflitti di interesse fra ente controllante e soggetto controllato. Per altro verso, si voleva contenere la commistione fra politica e amministrazione, che avviene nella prassi anche attraverso la scelta degli amministratori. Tuttavia, tali disposizioni, per quanto stringenti si occupavano esclusivamente delle incompatibilità, che rappresentano un segmento parziale del più ampio fenomeno della distinzione organizzativa tra funzione di regolazione e gestione[79].

Un altro gruppo di norme regolamentari riguardava direttamente l'ordinamento delle società a partecipazione pubblica erogatrici del servizio. Tali norme vanno ascritte ad una recente direttrice legislativa che estende alle società a partecipazione pubblica i vincoli organizzativi delle amministrazioni pubbliche tradizionali[80].

In particolare, tutte le società a partecipazione pubblica (senza distinzione tra quelle a totale partecipazione pubblica e quelle miste) operanti nei servizi pubblici locali sarebbero state tenute al rispetto del Codice dei contratti pubblici per l'affidamento di lavori, servizi e forniture (art. 6)[81].

Analogamente (ma con esclusione delle società quotate) le società a partecipazione pubblica operanti nei servizi pubblici locali avrebbero dovuto adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs n. 165/2001[82] (art. 7).

---

[77] Cfr. C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, op. cit., pp. 36-37.

[78] L'ambito sostanziale oggetto di delegificazione era così esteso da suscitare perplessità di varia natura: cfr. R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 10/2008,p. 1115 secondo cui sarebbe stato preferibile affrontare in via legislativa le scelte più significative e non rinviare molti aspetti sostanziali della riforma alla disciplina regolamentare. Altra dottrina aveva sostenuto che, come in altre situazioni del passato, l'art. 23-bis non fissava "norme generali regolatrici della materia" (come richiesto dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400/1998), ma meri profili che il regolamento disciplinava compiutamente. Ciò significava che, in assenza di una precisa *pars costruens* nella fonte di rango primario anche la *pars destruens* assegnata allo strumento di delegificazione doveva risultare attutita (cfr. S. Colombari, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *www.giustamm.it*).

[79] Cfr. A. Di Bari, *Guida ai servizi pubblici locali*, 2010, p. 33.

[80] Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* (a cura di F. Guerrera), p. 7 e ss.

[81] In realtà le società pubbliche sono già in gran parte soggette al Codice dei contratti pubblici in base alle disposizioni in esso contenute che si riferiscono agli organismi di diritto pubblico, alle imprese pubbliche, ad alcune tipologie di società pubblica e alle società concessionarie.

[82] Anche in questo caso v'è una norma generale che assoggetta già le società in house operanti nei servizi pubblici locali ai principi richiamati e più in generale le società pubbliche che operano in altri settori sono chiamate a rispettare anche i principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità (art. 18, commi 1 e 2, dello stesso d.l. n. 112/2008).

Solo le società pubbliche *in house*, infine, venivano assoggettate al patto di stabilità interno (art. 5)[83].

In definitiva, le nuove disposizioni - pur con qualche zona d'ombra - avevano introdotto rispetto al passato misure efficaci sia sul piano della concorrenza "nel mercato" che "per il mercato". Più in generale era stata operata una più netta distinzione di ruoli tra enti locali come soggetti di governo e programmazione, da un lato, e imprese di erogazione dei servizi, dall'altro. In termini generali, dunque, l'art. 23-*bis* e il suo regolamento d'attuazione integravano un impianto normativo apprezzabile, per certi versi da affinare e integrare, ma al contempo da salvaguardare nei suoi principi ispiratori.

6. I principi costituzionali sui servizi pubblici locali e la legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* (C. cost. n. 325/2010).

La Corte costituzionale si è pronunciata più volte sulla legittimità costituzionale della disciplina sui servizi pubblici locali. In due occasioni in particolare si è espressa sull'impianto complessivo delle riforme varate a livello nazionale[84] e in altre occasioni si è pronunciata sulle discipline regionali[85].

A prescindere dai singoli effetti specifici sulle norme oggetto di vaglio costituzionale (in particolare la sentenza n. 325/2010 ha sostanzialmente affermato - tranne l'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* per inadeguatezza della fonte regolamentare - la legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis*), le pronunce richiamate consentono di individuare le coordinate costituzionali della disciplina anche alla luce del diritto comunitario.

Quest'ultimo, in particolare è fonte costituzionale di condizionamento della legislazione nazionale per effetto dell'art. 117, comma 1, Cost., secondo cui la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della Costituzione, "*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*".

Dalla costituzione emergono, dunque, vincoli *assoluti* alla legislazione nazionale (che si impongono in ugual misura al legislatore statale e a quelli regionali) che derivano dall'osservanza del diritto comunitario e che sono rappresentati da prescrizioni concrete.

---

[83] La disposizione è caduta per effetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010, v. prossimo paragrafo. E' stata l'unica disposizione ad essere dichiarata incostituzionale nella pronuncia.

[84] Cfr. C. cost., 27 luglio 2004, n. 272 e più di recente C. cost., 17 novembre 2010, n. 325.

[85] Cfr. per esempio C. cost. n. 307/2009 sulle modalità di affidamento del servizio idrico nella regione Lombardia. Peraltro, nella stessa sentenza n. 325/2010 vengono esaminate accanto alla disciplina nazionale anche alcune norme regionali.

In un livello logico-giuridico successivo si trovano i limiti materiali della legislazione statale e regionale nel loro rapporto reciproco secondo la ripartizione costituzionale delle materie di cui all'art. 117, commi 2 e ss. Tali limiti rappresentano i perimetri *esterni* alla potestà legislativa.

Infine, vi sono i limiti *interni*, alla potestà legislativa in relazione a ciascuna materia. In particolare, quando il perimetro di una materia è così esteso da intersecare anche altre materie, la Corte costituzionale ha individuato alcuni criteri correttivi per equilibrare l'eccessiva espansione concreta della potestà legislativa.

Con riferimento alla prima questione, ossia alla conformazione del limite assoluto della legislazione statale rispetto alla normativa di diritto comunitario, ci si chiede se nella disciplina pro concorrenziale di diritto comunitario il legislatore nazionale trovi un limite positivo o, se invece, il limite imposto dal diritto comunitario sia solo negativo.

Nella prima ipotesi la legislazione nazionale dovrebbe essere conformata pedissequamente a quella comunitaria e, dunque, ogni difformità dovrebbe ritenersi una violazione di quest'ultima. Nella seconda, invece, la legislazione nazionale troverebbe nel diritto comunitario un mero limite minimo di protezione inderogabile, e dunque, sarebbero illegittime le sole norme che si ponessero al di sotto di tale *standard* pro concorrenziale, mentre sarebbero ammissibili le norme nazionali maggiormente pro concorrenziali.

La soluzione affermata dalla Corte si è basata sulla previa individuazione del parametro comunitario di riferimento, ossia la ricerca nel diritto comunitario delle norme che si impongono alla disciplina nazionale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si è già visto che, secondo la Corte costituzionale la disciplina sui servizi pubblici locali in ambito nazionale trova il suo riferimento in ambito comunitario nella disciplina dei servizi di interesse economico generale (SIEG), della quale i primi sono traduzione in ambito locale. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: *a*) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "*qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*"[86]; *b*) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni[87].

L'ancoraggio alla disciplina comunitaria dei SIEG ha effetto, in primo luogo, sull'assetto di mercato dei servizi pubblici locali. In particolare, anche questo mercato è soggetto alla regola del regime concorrenziale e ogni altra soluzione derogatoria può giustificarsi - in un'ottica di stretta proporzionalità - solo se il primo non sia in grado di soddisfare adeguatamente la missione di

---

[86] Cfr. sia C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96 *Commissione c. Italia*, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze*, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44.
[87] Cfr. C. giust. Ue, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*.

servizio pubblico individuata dall'ente locale. E' vero, come già visto, che i servizi pubblici locali, sono spesso caratterizzati da situazioni di monopolio naturale, ma non può escludersi *a priori* la possibilità di instaurare mercati pienamente concorrenziali (concorrenza "nel mercato").

In secondo luogo, qualora la soluzione della concorrenza "nel mercato" non sia praticabile, il diritto comunitario condiziona la gestione monopolistica del servizio pubblico locale secondo il modello della concorrenza "per il mercato". Si è visto, infatti, che l'ente locale deve affidare il servizio a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica o a società mista il cui socio abbia carattere operativo e sia stato scelto con procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Solo eccezionalmente, l'ente locale, può fare ricorso alla gestione diretta o all'affidamento diretto a società *in house* (v. *supra* par. 4).

Una volta individuato, nei termini indicati, il contenuto specifico della disciplina comunitaria applicabile ai servizi pubblici locali, la Corte ha ritenuto elevabile, a discrezione del legislatore, la severità in ottica pro concorrenziale della relativa disciplina.

Su queste basi, la Corte costituzionale aveva dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, rilevando proprio la portata maggiormente pro concorrenziale di quest'articolo rispetto alla disciplina comunitaria.

Su questo profilo, però, la pronuncia della Corte - sia pure in gran parte condivisibile nei suoi esiti conclusionali - manifesta alcune criticità che vale la pena esporre, a prescindere dall'odierna rilevanza pratica, per ragioni di chiarezza sistematica e nell'ottica di futuri interventi legislativi e giurisprudenziali.

Sostanzialmente la Corte ha affermato la compatibilità delle disposizioni dell'art. 23-*bis* sulle modalità di affidamento con il diritto comunitario - e, dunque, la legittimità dal punto di vista costituzionale - perché in sostanza ritenute maggiormente pro concorrenziali.

Il ragionamento della Corte ruota attorno all'idea che in ambito comunitario l'affidamento tramite gara a terzi sia la regola e le altre soluzioni (gestione diretta, affidamento diretto a società mista e affidamento diretto a società *in house*) siano eccezioni. Tali eccezioni erano state ulteriormente ridimensionate in ambito nazionale con effetti positivi per la concorrenza: *a*) l'affidamento diretto era stato addirittura vietato; *b*) la società mista per poter godere di un affidamento diretto doveva essere partecipata dal socio privato per almeno il 40% del capitale; *c*) l'affidamento *in house* dipendeva non solo da condizioni *endogene* relative alla struttura e all'organizzazione della società (capitale totalmente pubblico, controllo analogo e attività prevalente), ma anche *esogene* in base alle quali le condizioni del contesto socio-economico di riferimento non consentivano l'utile ricorso al mercato.

Le asserzioni della Corte non sono così pacifiche e, in particolare, quella sulla società mista appare evidentemente in contrasto con l'impostazione comunitaria e con gli ultimi sviluppi del modello anche in ambito nazionale.

In particolare, la società mista non è un modello "derogatorio" - e, dunque, neppure "eccezionale" - rispetto all'affidamento tramite gara a terzi. E' vero che, in passato, anche il giudice amministrativo italiano aveva sostenuto questa tesi imponendo la motivazione della scelta del modello in luogo dell'integrale ricorso al mercato[88], ma si è visto che oggi il modello ha ormai una piena dignità pro concorrenziale. Se si smonta la premessa del ragionamento della Corte sulla deroga al modello concorrenziale pieno, anche la conclusione rischia di essere erronea, perché l'imposizione della quota minima di capitale privato al 40%, lungi dal risultare un correttivo pro concorrenziale, risulta un ingiustificato appesantimento di un modello pienamente concorrenziale.

A parte la criticità rilevata, il ragionamento della Corte rende attuale un secondo problema. Si è detto del divieto di utilizzare moduli pubblicistici nell'erogazione del servizio pubblico locale. Ci si chiede che senso abbia conservare in modo assoluto tale divieto, anche nei casi in cui l'ordinamento consente l'utilizzo dell'*in house*: si limitano ingiustificatamente le possibilità organizzative dell'ente locale imponendo il modello societario *in house*, che peraltro attualmente è soggetto ad una pervasiva legislazione speciale[89] che rende la soluzione organizzativa analoga a quella pubblicistica pura[90]. La Corte non si è potuta spingere a dichiarare l'incostituzionalità del divieto, perché quest'ultimo è contenuto, non già nell'art. 23-*bis*, oggetto di vaglio costituzionale, ma in una disposizione preesistente non censurata dai ricorrenti[91]. Non è da escludere, dunque, che in sede di espressa impugnativa della disposizione, la Corte possa dichiarare l'incostituzionalità del divieto.

Una seconda questione affrontata dalla Corte riguarda, come accennato, l'individuazione della sfera di competenza in cui deve collocarsi la normativa sui servizi pubblici locali.

Le Regioni ricorrenti hanno tentato di individuare - secondo varie prospettive e con diversi esiti conclusionali - ambiti materiali di legislazione estranei all'applicazione delle regole pro concorrenziali o, comunque, ambiti di legislazione concorrente o residuale a proprio favore, sfruttando la natura complessa dei servizi pubblici locali che conferisce loro anche una connotazione sociale e, comunque, una presunta immanenza degli stessi rispetto alla dimensione locale.

---

[88] v. supra par. 5 dove si richiama Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

[89] Si tratta dei vincoli organizzativi relativi a selezione del personali, acquisti, retribuzione e numero degli amministratori, ecc. Sulle tendenze legislative recenti in materia di società pubbliche cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 7 e ss.

[90] F. Merusi, *La riforma dei servizi pubblici locali*, atti del convegno paradigma, ottobre 2010.

[91] Si è già detto che il divieto è stato introdotto dall'art. 35 della legge n. 448/2001 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del d.l. n. 269/2003 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici).

La Corte, nel respingere le prospettazioni regionali, ha escluso che la disciplina sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia riferibile alla competenza legislativa statale in tema di "*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*" (art. 117, comma 2, lettera *m*, Cost.), perché riguarda, appunto, i servizi di rilevanza economica e non attiene, comunque, alla determinazione di livelli essenziali[92]. Né può essere ascritta all'àmbito delle "*funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane*" (art. 117, comma 2, lettera *p*), Cost.), perché "*la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale*"[93] e, quindi, "*non riguarda […] profili funzionali degli enti locali*"[94].

In positivo, la disciplina va ricondotta, invece, all'àmbito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, "*tutela della concorrenza*", prevista dall'art. 117, comma 2, lettera *e*), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato[95].

Di conseguenza, la competenza statale viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza[96].

Così delineato l'ambito della potestà legislativa statale, si è già visto poi che nel nostro ordinamento la tutela della concorrenza può comportare iniziative legislative volte a predisporre misure conservative dell'assetto concorrenziale, ma anche strumenti di promozione della concorrenza "nel mercato" e "per il mercato" (v. *supra* par. 4).

Su queste basi è stata dichiarata costituzionalmente legittima la disciplina generale sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23-*bis* a regime e transitoria, la determinazione delle soglie minime per l'assoggettamento al parere dell'AGCM, la determinazione dei bacini di gara e, infine, la delega al regolamento di disciplinare forme associate di gestione tra comuni minori.

L'unica disposizione che non ha superato il vaglio di costituzionalità è stata la delega al regolamento di assoggettare le società *in house* - affidatarie dirette - al patto di stabilità. Si è trattato più che altro di un problema formale: la norma non ricade, infatti, nella materia a competenza esclusiva statale della "tutela della concorrenza", ma in quella concorrente del "coordinamento della finanza pubblica". Pertanto è costituzionalmente illegittima l'attribuzione della potestà

---

[92] Cfr. anche C. cost. n. 272/2004, cit.
[93] Cfr. ancora C. cost. n. 272/2004, cit.
[94] Cfr. C. cost., 20 novembre 2009, n. 307, punto 6.1.
[95] Ex plurimis, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160 del 2009; n. 326 del 2008; n. 401 del 2007; n. 80 e n. 29 del 2006; n. 272 del 2004. Per un breve commento alla sentenza cfr. C. Pettinari, *Le questioni di legittimità costituzionali pendenti sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *La riforma dei servizi pubblici locali* (a cura di R. Villata), cit., pp. 419 e ss.
[96] Cfr. sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008.

normativa al regolamento statale, atteso che tale possibilità è ammissibile solo nelle materie di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 6, Cost.).

La terza questione - una volta ricondotta alla "tutela della concorrenza", la potestà legislativa sulle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali - riguarda l'individuazione dei limiti interni a tale potestà, attinenti al principio di ragionevolezza. In particolare, è orientamento costante della Corte che l'esercizio della potestà normativa esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza è legittimo - in particolare, in caso di concorso con competenze regionali - alla condizione del rispetto, da parte del legislatore statale, del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e dell'adeguatezza[97].

Il principio di ragionevolezza, così declinato, non può essere inteso - come erroneamente sostenuto *ex adverso* dalle Regioni ricorrenti - né come limite alla capacità autoapplicativa e di dettaglio delle relative norme, né come divieto di introdurre limiti pro concorrenziali più stringenti rispetto a quelli posti dall'ordinamento comunitario, in particolare sulla gestione *in house*.

Sotto il primo profilo, una volta ricondotta una norma nell'àmbito della "*tutela della concorrenza*", non rileva più il suo carattere dettagliato (criterio risolutivo nei casi di competenza legislativa concorrente), bensì la sua strumentalità rispetto al fine proprio della legislazione pro concorrenziale e, cioè, l'eliminazione di limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale[98]. Accertata positivamente la strumentalità delle previsioni rispetto al fine, esse possono con specificità incidere sulla totalità degli àmbiti materiali entro i quali si applicano.

Sotto il secondo profilo, si è già visto, in primo luogo, che in tema di tutela della concorrenza l'ordinamento comunitario pone limiti minimi, lasciando al legislatore nazionale la piena libertà di innalzare il livello di concorrenzialità attraverso diverse soluzioni possibili.

In secondo luogo, la ragionevolezza può comportare limiti più stringenti all'*in house*, poiché nel nostro ordinamento ciò è coerentemente correlabile alle disposizioni previgenti che vietano la gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (art. 35 l. n. 448/2001 e art. 14 d.l. n. 269/2003), delle quali l'*in house* è un'alternativa.

Infine, il principio di ragionevolezza comporta anche il riconoscimento della possibilità di sacrificare il principio concorrenziale - sia pure secondo un'ottica di stretta necessità - per consentire all'ente pubblico lo svolgimento della "speciale missione" pubblica. Anche la Corte costituzionale in passato ha riconosciuto ammissibile la mitigazione del principio concorrenziale in

---

[97] Cfr. C. cost., n. 272/2004, cui possono aggiungersi le sentenze n. 148 del 2009; n. 326 del 2008; n. 452 e n. 401 del 2007; n. 345, n. 272 del 2004.

[98] Cfr. sentenze n. 232 del 2010 e n. 430 del 2007, in materia di tutela della concorrenza; analogamente, sentenza n. 255 del 2010.

vista del perseguimento di altri interessi costituzionalmente rilevanti, sia pure con carattere derogatorio e, dunque, eccezionale[99].

Nel caso di specie, l'art. 23-*bis* è stato reputato ragionevole in questo punto, consentendo, per un verso, alle società (totalmente o parzialmente pubbliche) di partecipare alle gare per l'affidamento del servizio, qualora non sussistevano le condizioni per l'affidamento diretto e, per altro verso, consentendo l'affidamento *in house*, anche se solo nelle ipotesi residuali di inefficace e inutile ricorso al mercato.

La quarta questione è in realtà una specificazione della seconda. In particolare ci si chiede se rientri nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza" anche la determinazione della "rilevanza economica" dei servizi pubblici locali.

La "rilevanza economica" è una caratteristica oggettiva del servizio i cui tratti sono analoghi, come si è visto, allo "interesse economico generale" di matrice comunitaria. La rilevanza economica di un servizio si verifica con la mera possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente reale o potenziale[100].

In particolare va chiarito che l'economicità dell'interesse può essere misurata con gli indici empirici tradizionali - scopo lucrativo, assunzione dei rischi dell'attività, incidenza del finanziamento pubblico[101] - solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato. Quando, invece, bisogna immettere nel mercato un servizio pubblico - e, dunque, accertare se e come applicare le regole concorrenziali - occorre necessariamente prendere in considerazione "*la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo*"[102].

La portata "oggettiva" della nozione, anche nella sua dimensione "del possibile", conduce a ritenere erronee le interpretazioni volte a dare alla medesima un carattere meramente "soggettivo". In particolare è erroneo affermare che la rilevanza economica sussiste solo in presenza di un mercato esistente e in relazione al quale l'ente locale abbia deciso discrezionalmente di finanziare il servizio con gli utili derivanti dall'esercizio imprenditoriale dello stesso.

Così definita la nozione di "rilevanza economica", la stessa rileva dal punto di vista costituzionale poiché costituisce il *discrimen* per l'applicazione delle regole concorrenziali comunitarie sull'affidamento del servizio.

Proprio in ragione di tale valenza, la potestà legislativa sulla determinazione della rilevanza economica dei servizi pubblici locali rientra nella materia a competenza esclusiva statale

---

[99] Cfr. sentenze n. 279 del 2006 e n. 270 del 2010.
[100] Cfr. C. giust. UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, 2.3, punto 44.
[101] Cfr. C. giust. UE, 22 maggio 2003, C-18/2001, *Korhonen e.a.* e C. Cost. n. 272/2004.
[102] Cfr. C. cost. n. 325/2010, p.to 9.1.

della "tutela della concorrenza". La promozione delle regole comunitarie sulla concorrenza da parte del legislatore statale in questo ambito esclude ogni interferenza "soggettiva" da parte delle Regioni nella determinazione della rilevanza economica del servizio. Ciò coincide con l'orientamento comunitario che gli Stati membri, compresi gli enti infrastatuali, non possono soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio.

Le considerazioni svolte hanno costituito le premesse tematiche generali che hanno condotto la Corte costituzionale a salvare l'impianto complessivo dell'art. 23-*bis*, ma costituiscono anche il quadro dei principi generali entro cui va incanalato ogni processo di riforma della materia.

Come si vedrà, nel nostro ordinamento - almeno nel breve periodo - il quadro costituzionale del processo riformatore si è complicato alquanto. Ciò che era costituzionalmente possibile fine a qualche tempo fa è oggi interdetto dall'esito del referendum abrogativo svoltosi nel giugno 2011 che ha bocciato l'impianto pro concorrenziale dell'art. 23-*bis*. In altre parole l'abrogazione referendaria ha - per mezzo dell'art. 75 Cost. - costituzionalizzato una involuzione pro concorrenziale limitando la discrezionalità del legislatore in questa direzione.

7. Le vicende referendarie e l'abrogazione dell'art. 23-*bis*.

Le nuove disposizioni - pur con qualche zona d'ombra - avevano introdotto misure efficaci sia sul piano della concorrenza "nel mercato" che "per il mercato". Sul primo versante, gli enti locali erano tenuti a giustificare attraverso un'analisi periodica del mercato la sussistenza o meno delle condizioni che giustificassero la gestione monopolistica. Sul secondo versante, era divenuto ordinario l'affidamento del servizio pubblico tramite gara o a società mista il cui socio privato doveva essere scelto con gara e in funzione di un suo ruolo operativo. L'affidamento *in house* era ridotto alla marginalità, poiché ammissibile solo in situazioni socio-economiche peculiari, tali da non rendere possibile il ricorso al mercato. Più in generale era stata operata una più netta distinzione di ruoli tra enti locali come soggetti di governo e programmazione, da un lato, e imprese di erogazione dei servizi, dall'altro.

Quando la rotta pro concorrenziale - dopo le fughe in avanti e ripensamenti ciclici che hanno contraddistinto gli anni '90 e i primi anni del secolo - sembrava nitidamente consolidarsi anche con taglio più deciso rispetto a quanto richiesto dall'ordinamento comunitario, una nuova tempesta di "socialismo municipale" si è abbattuta su di essa, imponendo un preoccupante salto all'indietro dagli esiti potenzialmente drammatici (v. *infra* par. 12) per lo sviluppo del sistema complessivo nei prossimi anni. A ciò ha contributo anche la crisi dei partiti, i quali - stretti in un clima oppressivo di generalizzata sfiducia - hanno fatto dei servizi pubblici locali campo prediletto

per affermare in chiave elettorale antiche connotazioni identitarie e anacronistiche reminiscenze ideologiche.

Con circa un milionequattrocentomila firme sono stati sottoposti a consultazione referendaria due quesiti sui servizi pubblici locali. Il primo, di carattere generale sulle modalità di affidamento del servizio, ha previsto l'abrogazione dell'art. 23-*bis*. Il secondo, riguardante specificamente la determinazione della tariffa nel servizio idrico, ha proposto l'abrogazione parziale dell'art. 154, comma 1, d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente) nella parte in cui prevedeva che l'importo della tariffa per l'erogazione dell'acqua includesse anche la remunerazione del capitale investito dal gestore. Entrambi i quesiti, come è noto, hanno avuto esito positivo e, dunque, le norme indicate sono state abrogate.

I quesiti referendari hanno manifestato un'avversione nei confronti della nuova impostazione concorrenziale della disciplina. La liberalizzazione del settore, la logica imprenditoriale, e dunque l'economicità della gestione e l'efficienza hanno generato o, meglio, sono stati dialetticamente utilizzati per cavalcare o generare timori. Questi aspetti, infatti, vengono visti e presentati semplicisticamente in chiave negativa come cause di possibili incrementi di tariffe a carico dei cittadini e come fonti di rendite e privilegi economici per gli imprenditori privati.

Peraltro, non si sa se per equivoco o consapevole strumentalità il referendum è stato presentato come una battaglia contro la privatizzazione dell'acqua[103]. Ma questa comoda bandiera ideologica e mediatica nascondeva due inesattezze.

In primo luogo, il referendum non riguardava la privatizzazione dell'acqua e, anzi, al contrario il decreto Ronchi (d.l. n. 135/2009 che ha modificato l'art. 23-*bis*) conteneva una rassicurazione testuale ed inequivocabile in questo senso affermando che le forme di affidamento della gestione del servizio idrico devono avvenire, tra l'altro, nel rispetto del principio "*di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche*". Ciò che veniva in rilievo era solo la dimensione gestoria del servizio.

In secondo luogo, i quesiti avevano una portata oggettiva più ampia mettendo in discussione l'intero art. 23-*bis* e dunque le modalità di gestione di tutti i servizi pubblici locali soggetti alla disciplina generale. Si auspicava in poche parole l'abbattimento del complesso pro concorrenziale costruito per stratificazioni nel corso degli ultimi tempi a favore del ritorno ad una gestione pubblica finanche con modelli organizzativi di preistoria giuridica.

La formulazione è apparsa, peraltro, sproporzionata nella sua portata demolitoria rispetto alla volontà degli stessi referendari, visto che l'abrogazione integrale dell'art. 23-*bis* avrebbe colpito anche norme necessitate - come il sistema a monte di concorrenza "nel mercato" - o altre

---

[103] Si veda per esempio la relazione introduttiva ai quesiti referendari redatta da un gruppo di autorevoli giuristi: "*Invertire rotta. Per un governo pubblico dell'acqua*" su www.acquabenecomune.org.

obiettivamente utili o condivisibili, come quelle relative alle regole di gara per la scelta dell'affidatario o per la scelta del socio privato della società mista, all'incompatibilità degli amministratori, al reclutamento del personale e all'evidenza pubblica per le commesse delle società affidatarie[104].

La Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il quesito che proponeva l'abrogazione dell'art. 23-*bis* perché esso non violava i limiti di cui all'art. 75 Cost. in particolare con riferimento al diritto comunitario. Secondo la Corte, per un verso, l'art. 23-*bis* non aveva ad oggetto una norma a contenuto comunitariamente vincolato (e quindi costituzionalmente vincolato, in applicazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), per altro verso, l'abrogazione referendaria non avrebbe comportato alcun inadempimento degli obblighi comunitari.

Sotto il primo profilo, è bastato richiamare le motivazioni della sentenza n. 325/2010 della stessa Corte, la quale aveva espressamente escluso che l'art. 23-*bis* costituisse applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea e ha affermato che esso integrava solo "*una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare» il «primo comma dell'art. 117 Cost.*". La stessa sentenza aveva precisato che l'introduzione, come aveva fatto l'art. 23-*bis*, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario «*e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. […], ma neppure si pone in contrasto […] con la […] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*".

Sotto il secondo profilo, all'abrogazione dell'art. 23-*bis*, da un lato, non sarebbe conseguita alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo[105]; dall'altro, sarebbe conseguita l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Ne è derivata l'ammissibilità del quesito per l'insussistenza di impedimenti di natura comunitaria.

---

[104] In verità alcune disposizioni, come ad esempio quelle sull'evidenza pubblica, erano riproduttive di norme già esistenti nel nostro ordinamento. Le società pubbliche sono già soggette, in vario modo, alla disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici e, dunque, non sono libere di selezionare i propri contraenti. Nondimeno vi poteva essere la possibilità che le nuove disposizioni, per la loro formulazione, fossero lette non in senso ricognitivo, ma in modo più stringente rispetto alla normativa già contenuta nel Codice dei contratti pubblici: sia consentito rinviare a G. Urbano, *L'amministratore delegato della società pubblica come organo amministrativo nelle gare per la selezione dei contraenti*, in *GiustAmm*, agosto 2012, in particolare il paragrafo 1 dove si affronta la questione, sia pure con riferimento, non all'art. 23-*bis*, ma al successivo art. 4 d.l. n. 138/2011 che però su questo punto ha contenuto omologo.

[105] Reviviscenza costantemente esclusa in simili ipotesi dalla giurisprudenza Corte costituzionale: cfr. sentenze n. 31/2000 e n. 40/1997.

Un ultimo passaggio la Corte l'ha dedicato al profilo di ammissibilità che riguarda la congruità tra intento referendario e formulazione. Nel ricordare che la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori, ma esclusivamente dalla finalità "incorporata nel quesito", cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento[106], la Corte ha enucleato anche la *ratio* del quesito.

In particolare, la *ratio* del quesito andava ravvisata nell'intento di escludere l'applicazione delle norme (contenute nel caso di specie nell'art. 23-*bis*) che limitassero, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)[107].

Come è noto, il quesito proposto ha avuto esito positivo e, dunque, all'esito del referendum l'art. 23-*bis* è stato totalmente abrogato, con efficacia *ex nunc* a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del decreto che ne ha formalizzato l'abrogazione[108].

8. Gli articoli 4 e 5 del d.l. n. 138/2011 e la successiva legge di stabilità 2012.

Nonostante la bocciatura referendaria, il legislatore - pressato peraltro dall'avvitarsi della crisi economica e dalla celebre lettere Draghi-Trichet[109] che chiedeva espressamente al Governo un impegno preciso sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali - ha riproposto nell'art. 4 d.l. n. 138/2011 sostanzialmente la disciplina contenuta nell'art. 23-*bis*.

Nello stesso articolo sono state inserite - con dignità, dunque, di norme di rango primario - alcune disposizioni che in precedenza erano collocate nel regolamento di attuazione, anche esso decaduto in seguito all'abrogazione dell'art. 23-*bis*.

Rispetto al precedente art. 23-*bis*, il legislatore ha ritenuto di essere in linea con l'esito referendario, limitandosi ad escludere dall'ambito di applicazione della rinnovata disciplina il servizio idrico[110]. Tale ambito si aggiungeva, dunque, ai tradizionali settori esclusi: servizio di

---

[106] Cfr., ex plurimis, sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997.

[107] In tale principio doveva ritenersi concretizzato il limite alla libertà del legislatore in sede di nuova legislazione post referendaria; limite che come si vedrà è stato eluso con l'art. 4 d.l. n. 138/2011.

[108] Cfr. d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

[109] Come già ricordato, dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici al punto 1 lett. *a*) della lettera si svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: "*A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations*".

[110] Al servizio idrico dovevano applicarsi le sole norme sulle incompatibilità contenute nei commi da 19 a 27 (comma 34).

distribuzione gas naturale, energia elettrica, trasporto ferroviario e gestione delle farmacie comunali.

Passando alla disciplina di dettaglio, il legislatore aveva nuovamente confermato la centralità della concorrenza "nel mercato", attraverso l'imposizione agli enti locali dell'obbligo di verificare la possibilità di un sistema concorrenziale pieno, prima di procedere all'attribuzione di diritti in esclusiva (commi da 1 a 4). Su questo profilo, sia dal punto di vista sostanziale sia procedurale erano confermate le disposizioni contenute nell'art. 23-*bis*.

Analogamente figuravano (commi 5, 6 e 7) anche le modalità di determinazione degli obblighi di servizio pubblico e dei corrispettivi compensi e i richiami alla normativa antitrust che consente, pur nel regime di esclusiva, l'autoproduzione da parte di terzi (art. 9, legge n. 287/1990), e che impone obblighi di correttezza, imparzialità e di trasparenza al titolare di diritti esclusiva che voglia operare anche in mercati diversi da quello dove ha l'esclusiva (art. 8, commi 2-*bis* e 2-*quater*, legge n. 287/1990).

Quanto alla concorrenza "per il mercato" e, dunque, alle modalità di affidamento in regime di esclusiva, l'art. 4 d.l. n. 138/2011 confermava la regola della gara o dell'affidamento diretto a società mista (commi 8 e 12). In questo caso confermava anche, oltre ai caratteri tradizionali di matrice comunitaria sul "doppio oggetto" della gara, il limite quantitativo minino del 40% per la partecipazione privata. Venivano confermate - peraltro emancipandole dalla dimensione regolamentare precedente - anche le regole sulla gara del terzo affidatario (comma 11) e per la scelta del socio privato in caso di società mista (comma 12).

L'unica novità di rilievo sulle modalità di affidamento in regime di esclusiva riguardava l'*in house*, sul quale come si è visto ha inciso principalmente la consultazione referendaria. Il legislatore aveva reso meno rigorosa la disciplina, ma solo con riferimento agli affidamenti inferiori a 900.000 €. In questi casi si poteva ricorrere all'*in house* alle sole condizioni previste dall'ordinamento comunitario (totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività "prevalente") senza più dover dimostrare l'inutilità del ricorso al mercato e - dal punto di vista procedurale - senza dover chiedere il parere all'AGCM.

In verità la disposizione sembrava sin da subito non essere in linea con l'esito referendario. Infatti, l'introduzione di un limite quantitativo escludeva del tutto la possibilità di ricorrere all'*in house* per gli affidamenti di valore superiore, con il risultato - almeno con riferimento a questi ultimi - di irrigidirne i presupposti anche rispetto alla disciplina previgente contenuta nell'art. 23-*bis*.

Il sistema a regime così delineato era completato - con la stessa estensione soggettiva previgente - dal divieto per gli affidatari diretti (con esclusione delle società quotate)[111] di svolgere servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che fossero da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare (comma 33). A temperamento del principio veniva reintrodotta l'esenzione cosiddetta "prime gare".

Il legislatore non correggeva neppure l'anomalia rinvenuta nel precedente art. 23-*bis* di estendere tale divieto anche alle società miste.

La chiusura del sistema era affidata alla disciplina della fase transitoria, per gli affidamenti già in essere al momento dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, secondo una logica - anche qui - analoga alle previgenti disposizioni.

L'art. 4 d.l. n. 138/2011, come già anticipato, aveva elevato a rango primario altre importanti disposizioni precedentemente contenute nel regolamento.

Fra le disposizioni più rilevanti vi erano quelle dirette a distinguere le funzioni di regolazione e funzioni di gestione (commi da 19 a 26). Anche in questo caso il legislatore si era limitato a riprodurre le incompatibilità già previste dall'art. 23-*bis*, senza occuparsi del più ampio fenomeno della distinzione organizzativa tra funzione di regolazione e gestione, del quale le incompatibilità sono solo un profilo.

Un altro gruppo di norme riguardava, come in passato, direttamente l'ordinamento delle società a partecipazione pubblica erogatrici del servizio. Restavano, infatti, gli obblighi di utilizzare procedure di ispirazione pubblicistica per assunzioni e incarichi e per gli appalti (commi 15 e 17) e veniva reiterato - superando la pronuncia di incostituzionalità che ne aveva contestato la precedente dimensione regolamentare - l'assoggettamento al patto di stabilità delle società *in house* affidatarie dirette (comma 14).

In sostanza, l'art. 4 d.l. n. 138/2011 - a parte l'esclusione del servizio idrico - aveva pedissequamente riproposto la disciplina contenuta nell'art. 23-*bis*[112] e, con particolare riferimento all'*in house*, aveva apportato alcune modifiche che sin dall'inizio non apparivano in linea con l'esito del referendum. Se è vero, infatti, che al di sotto della soglia dei 900.000 € il regime dell'*in house* risultava semplificato e uniformato al modello comunitario, è anche vero che al di sopra di tale soglia il regime dell'*in house* risultava addirittura più severo rispetto al passato, escludendo del tutto la possibilità per gli enti locali di farne uso.

---

[111] La disposizione aveva una portata soggettiva molto ampia, poiché il divieto valeva non solo per le società affidatarie dirette, ma anche per le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante che in Italia o all'estero gestivano un servizi pubblico locale.

[112] Cfr., tra i commenti immediatamente successivi alla sua entrata in vigore, S. Pozzoli, *Servizi pubblici: novità o ritorno al passato*, in *Diritto e pratica amministrativa*, n. 9/2011, pp. 10 e ss.

Va rilevato, infine, che rispetto all'art. 23-*bis* e più in generale alla previgente legislazione, l'intervento del legislatore si è allargato anche ad una più decisa incentivazione delle privatizzazioni. L'art. 5 del d.l. n. 138/2011 cerca, infatti, di superare la refrattarietà degli enti territoriali all'effettiva privatizzazione delle società partecipate corredando i tradizionali obblighi in tale senso a forme di incentivazione economica[113].

In sede di approvazione della legge di stabilità 2012[114], il legislatore è tornato nuovamente sui servizi pubblici locali inserendo alcune modifiche e correttivi all'art. 4 d.l. n. 138/2011, sia pure in un'ottica di continuità teleologica rispetto a quest'ultimo.

Le nuove disposizioni attuavano principalmente l'obiettivo già interiorizzato dall'art. 4 d.l. n. 138/2011 di "*realizzare un sistema liberalizzato*", attraverso "*la piena concorrenza nel mercato*", e di "*privatizzazione*" degli stessi servizi (comma 2). Alcuni affinamenti riguardavano anche la concorrenza "per il mercato", ossia le modalità di scelta dell'unico operatore che nei settori non liberalizzabili è chiamato a svolgere il servizio pubblico.

Un secondo aspetto atteneva al miglioramento della qualità e dell'efficienza della gestione. Viene introdotto, in particolare, un sistema di *benchmarking*, ossia un metodo di valutazione costante volto a garantire il miglioramento qualitativo dei servizi. Ciò sarebbe stato realizzato attraverso la pubblicità dei dati più significativi delle varie gestioni, rendendone comparabili i profili qualitativi e di prezzo (comma 2, lett. *m*))[115].

Sotto il primo aspetto, le novità erano più estese. Anzitutto, con riferimento all'ambito di applicazione della disciplina generale, il legislatore precisava (comma 2, lett. *n*)) che le disposizioni generali si applicassero "*a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*". La disposizione introduceva una deroga al principio ermeneutico della prevalenza della disposizione speciale su quella generale. Pertanto, le disposizioni generali di cui all'art. 4, d.l. n. 138/2011 venivano rafforzate rispetto alle disposizioni settoriali, che in particolare non avrebbero potuto, dunque, introdurre disposizioni peggiorative sul piano della concorrenza.

Una seconda disposizione, che incideva sull'ambito di applicazione della disciplina generale, riguardava il trasporto pubblico regionale e locale (escluso il servizio di trasporto ferroviario regionale). La novella assoggettava espressamente tale settore alla disciplina generale

---

[113] L'art. 5 del d.l. n. 138/2011 prevede che i Comuni che nel prossimo biennio cederanno le loro partecipazioni in società esercenti servizi pubblici locali godranno di una quota del Fondo infrastrutture, pari a 250 milioni di euro per l'anno 2013 e 250 milioni di euro per l'anno 2014, da destinarsi a investimenti infrastrutturali. La quota assegnata a ciascun ente territoriale non può essere superiore ai proventi della dismissione effettuata e tali spese sono escluse dai vincoli del patto di stabilità interno.

[114] Cfr. art. 9 legge 12 novembre 2011, n. 183.

[115] In una precedente occasione è stato segnalato il rischio dell'ineffettività del meccanismo, non essendo prevista alcuna conseguenza negativa per le gestioni meno efficienti, cfr. G. Urbano, *Concorrenza e professioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2012.

(comma 2, lett. *o*))[116]. La modifica apportata poteva essere vista con favore sotto il profilo della tutela della concorrenza. Infatti, l'assoggettamento del settore alla disciplina generale di cui all'art. 4, d.l. n. 138/2011 avrebbe impedito di ricorrere alla ben più ampie possibilità consentite dal regolamento Ce n. 1370/2007.

Altre modifiche riguardavano la disciplina transitoria. Si trattava più che altro di interventi correttivi a precedenti imperfezioni normative, ma anche di una più estesa ed effettiva privatizzazione delle società già affidatarie del servizio[117].

Passando alla disciplina a regime, con riferimento alla concorrenza "nel mercato", il comma 2, lett. *b*) precisava i poteri dell'AGCM rispetto alla "*delibera quadro*" adottata da ciascun ente locale ai sensi del comma 4 dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 per valutare il mantenimento dei diritti di esclusiva. La modifica apportata precisava che la richiamata delibera doveva essere trasmessa "*anche*" (e non "solo") ai fini della relazione annuale al Parlamento. L'AGCM avrebbe potuto, dunque, valutare a vasto raggio le informazioni contenute nella delibera. Ciò era apprezzabile soprattutto alla luce della normativa sopravvenuta che attribuisce all'AGCM il potere di impugnare gli atti delle amministrazioni pubbliche che violino le norme a tutela della concorrenza[118].

La concorrenza "nel mercato" veniva rafforzata, almeno testualmente, anche dalla modifica che assegnava una maggiore centralità alla "*delibera quadro*" ai fini dell'attribuzione di diritti di esclusiva relativi alla gestione del servizio. Infatti, in caso di assenza della "*delibera quadro*" o di mancata revisione della stessa alle cadenze indicate, "*l'ente locale non [poteva] procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva*" (comma 2, lett. *c*))[119].

Sul versante della concorrenza "per il mercato", una prima novità – suggerita dall'AGCM nella segnalazione AS864 del 26 agosto 2011 – riguardava il "*divieto di procedere al frazionamento del […] servizio e del relativo affidamento*" (comma 2, lett. *d*). In tal modo si evitava che le amministrazioni – le quali decidevano di procedere all'affidamento *in house* in luogo della gara – eludessero la soglia di 900.000 €.

Una seconda modifica riguardava il regime della gara per la scelta del gestore. Veniva arricchito il contenuto della "*delibera quadro*", stabilendo che, con quest'ultima, gli enti locali dovessero valutare anche l'opportunità di "*procedere all'affidamento simultaneo con gara di una*

---

[116] Venivano fatti salvi solo gli affidamenti relativi al trasporto pubblico regionale "*già deliberati*" ai sensi dell'art. 5, par. 2, del regolamento Ce n. 1370/2007 (si tratta dei servizi di trasporto di passeggeri gestiti direttamente o tramite società soggetta a "*controllo analogo*").

[117] A questo proposito per esempio il comma 2, lett. *g*), introduceva un meccanismo concreto di ripristino della legalità in caso di mancato rispetto delle disposizioni previste. Al prefetto veniva attribuito un ruolo di supervisione sul rispetto dei termini e degli adeguamenti imposti, pena l'attivazione dei poteri sostitutivi da parte del Governo (art. 120, c. 2, Cost. e art. 8 l. n. 131/2003)[117].

[118] Art. 21-*bis* l. n. 187/1990, aggiunto dall'art. 35 del d.l. n. 201/2011 (cd. decreto "salva Italia").

[119] Sui dubbi in ordine all'efficacia di tale disposizione sia consentito rinviare a G. Urbano, *Concorrenza e professioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, *op. cit.*.

pluralità si servizi pubblici locali" (comma 2, lett. *a*). Tale scelta poteva avvenire a condizione che fosse "*economicamente vantaggiosa*". Mancava, invece, un riferimento alla necessità di evitare gli effetti anticoncorrenziali legati alla complicazione dell'oggetto della gara.

Un'altra novità di rilievo riguardava l'abolizione del divieto di cumulo e/o extraterritorialità in capo alle società miste già affidatarie di un servizio pubblico locale. La novella modificava la disposizione limitativa previgente - che peraltro, come si è visto, era stata già disapplicata in sede giurisprudenziale[120] - parificando la condizione delle società miste regolarmente costituite (scelta tramite gara del socio privato, con partecipazione "*non inferiore al 40%*", e con l'attribuzione ad esso di "*specifici compiti operativi*") a quella di una società scelta con gara (lett. *h*) e *i*), del comma 2).

Infine, il comma 2 lett. *l*) riscriveva l'esenzione al divieto di extraterritorialità per gli affidatari diretti. In particolare, la norma ampliava la possibilità per questi ultimi di concorrere alle gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti (e non solo alla prima gara successiva alla cessazione del servizio), a condizione che fosse stata indetta la gara per il nuovo affidamento o, almeno, fosse stata almeno adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento tramite gara o con affidamento *in house*, purché ad altro soggetto. Il legislatore faceva proprio il suggerimento dell'AGCM nella richiamata segnalazione AS864, che aveva rilevato l'eccessiva restrittività della precedente disposizione. Infatti, la limitazione della partecipazione alle gare nei vari contesti territoriali, com'era prevista in origine, poteva avvantaggiare indebitamente le possibilità di nuova aggiudicazione per il precedente affidatario.

9. L'art. 25 del d.l. n. 1/2012 (decreto "Cresci Italia").

A dimostrazione della centralità dei servizi pubblici locali nel processo congiunto di crescita dell'economia nazionale e di riduzione del debito, tutte le iniziative legislative più significative avviate dal governo Monti a partire dai suoi primi passi nel novembre 2011 hanno inciso sulla relativa disciplina.

In termini generali, gli interventi normativi del Governo Monti si sono innestati in corpi normativi previgenti inserendo nuovi articoli o modificando e integrando l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, ma sempre in un'ottica di continuità teleologica rispetto alle recenti riforme, affinando il processo di liberalizzazione e di privatizzazione.

---

[120] Cfr. Cons. St., sez. V, n. 2222/2011, cit.

Un primo intervento di carattere trasversale si è avuto con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cd. decreto "Cresci Italia")[121], e in particolare con l'art. 25 dedicato alla "*Promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*".

L'art. 25 del d.l. n. 1/2012 si è direzionato su tre fronti.

In primo luogo, ha modificato e integrato l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 sulla disciplina generale dei servizi pubblici locali, sia pure con importanti esclusioni di cui si è detto.

In secondo luogo ha introdotto, dopo l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, l'art. 3-*bis*, rubricato "*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*". Si tratta di una disposizione che, rispetto all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, ha - per un verso - una portata applicativa più ampia perché si riferisce, senza esclusioni, a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per altro verso, ha una portata meno ampia perché alcune disposizioni riguardano solo i servizi pubblici locali di rilevanza economica, cosiddetti "a rete".

In terzo luogo, ha previsto norme settoriali riguardanti specifici servizi, sia soggetti alla disciplina generale (per esempio i rifiuti), sia estranei all'ambito di applicazione della disciplina generale (per esempio il servizio di distribuzione del gas naturale che è oggetto di una disciplina specifica).

Il primo fronte di intervento, come si vedrà meglio in seguito, è venuto meno per effetto della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Su questo versante il legislatore aveva ulteriormente affinato il processo di liberalizzazione incidendo sulla concorrenza "nel mercato" e innalzato il tasso di concorrenza anche sul versante "per il mercato". Più in generale, l'intervento normativo aveva ampliato l'ambito di applicazione della disciplina generale ai servizi ferroviari regionali (comma 1, lett. *b*), n. 9.1.) ed esteso alcune disposizioni (il comma 33 dell'art. 4 d.l. n. 138/2011, sul divieto di cumulo/extraterritorialità) al servizio di distribuzione gas che è tradizionalmente escluso dalla disciplina generale.

Sulla concorrenza "nel mercato", era stato precisato che la verifica della realizzabilità di un sistema pienamente concorrenziale fosse preceduta dalla definizione degli obblighi di servizio pubblico (comma 1, lett. *b*) n. 1). Inoltre, veniva modificato il procedimento per l'adozione della delibera quadro sottoponendo - solo per i Comuni superiori a 10.000 abitanti - il relativo schema al parere obbligatorio preventivo dell'AGCM (comma 1, lett. *b*) n. 2 e 3).

Sulla concorrenza "per il mercato", veniva modificata la disciplina della gara per l'affidamento del servizio a terzi aggiungendo due prescrizioni specifiche al contenuto della *lex specialis*. In primo luogo, veniva imposto l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di

[121] Convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento e altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, veniva inserita la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale (comma 1, lett. *b*), n. 4.1.). In secondo luogo, veniva imposta l'indicazione dei criteri per il passaggio dei dipendenti ai nuovi aggiudicatari del servizio, prevedendo, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione (comma 1, lett. *b*), n. 4.2.).

Tra le modifiche più qualificanti sul piano della concorrenza "per il mercato" si registrava l'abbassamento della soglia per l'affidamento *in house* da 900.000 € a 200.000 € (comma 1, lett. *b*, n. 5). Se, per un verso, tale modifica allargava l'ambito della gara per l'affidamento a terzi, per altro verso rendeva più evidente il contrasto con l'esito referendario, riducendo in modo ancor più severo il ritorno alla gestione pubblica auspicato dai referendari.

Anche il regime transitorio veniva corretto, derogando - in funzione della riorganizzazione della gestione in modo più efficiente e per ambiti ottimali - la decadenza delle precedenti gestioni in *house* (comma 1, lett. b, n. 6.1.) e allungando la permanenza in vita delle società miste il cui socio privato era stato scelto con gara, ma senza il "doppio oggetto" (comma 1, lett. *b*) n. 6.2.).

A parte le modifiche all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, vanno analizzati - come anticipato - gli altri due gruppi di modifiche contenuti nell'art. 25 del d.l. n. 1/2012, che conservano tutt'ora attualità proprio per essere estranee all'art. 4 del d.l., caduto in seguito alla recente pronuncia di incostituzionalità.

In particolare sul secondo versante - introduzione, dopo l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, dell'art. 3-*bis*, rubricato "*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*" - una prima regola (comma 1) riguarda solo i servizi pubblici a rete, per i quali si prevede l'organizzazione del loro svolgimento in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei; ciò al fine di realizzare economie di scala e migliorare l'efficienza del servizio.

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 tali da consentire economie di scala e di differenziazione entro il termine del 30 giugno 2012.

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Tuttavia, alle regioni è consentito individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, ma motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica, nonché a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza 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 T.U.E.L.

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.

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 n. 131/2003, 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.

Le norme indicate fanno immaginare l'applicazione al gas e al servizio idrico integrato. Ma per entrambi è già prevista un'organizzazione in ambiti o bacini territoriali ottimali in attuazione di specifiche direttive europee e ai sensi delle discipline di settore vigenti. Così che per questi settori si applica la disciplina speciale ma resta fermo che il tutto deve essere effettuato entro il 30 giugno 2012, pena l'esercizio dei poteri sostitutivi[122].

L'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 introduce anche nuove disposizioni relative a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Per un verso, viene incentivata la concorrenza "per il mercato", preoccupandosi al contempo della salvaguardia sociale dell'occupazione nella compagine del nuovo gestore. Per altro verso, vengono introdotti vincoli tipicamente pubblicistici alle società a partecipazione pubblica che operano nei servizi pubblici locali, rendendo più gravosa la loro organizzazione.

Sotto il primo profilo, l'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevede, sempre per tutti i servizi pubblici locali, che: *a*) 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 d.l. n. 98/2011; *b*) i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119, comma 5, 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).

---

[122] In questo senso, anche per i profili ricostruttivi della disciplina, cfr. C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Anche in questo caso, dunque, come per le privatizzazioni (art. 5, d.l. n. 138/2011), il legislatore ha corredato gli obblighi di gara con forme di incentivazione economica per neutralizzare i rischi di resistenze ed elusione da parte degli enti locali.

Peraltro, la disciplina delle incentivazioni fa emergere una peculiarità che in passato ha caratterizzo anche la disciplina del servizio idrico (v. *supra* par. 5 sull'art. 23-*bis*). L'incentivazione economica riguarda non solo l'attivazione di forme pro concorrenziali, ma anche le gestioni che, pur non essendo improntate all'ottica pro concorrenziale, hanno comunque effetti efficienti.

Come anticipato, il legislatore si è preoccupato non solo della concorrenza e dell'efficienza, ma anche della tutela dell'occupazione. E' previsto, infatti, che 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 (cd. "clausola sociale", art. 3-*bis*, comma 2, che era già contenuta nell'art. 4, comma 11, lett. g-*bis*) del d.l. n. 138/2011).

Sotto il secondo profilo, 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 d.l. n. 112/2008, 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 (art. 3-*bis*, comma 5, che riprende quanto era già contenuto nell'art. 4, comma 14).

Inoltre, le società affidatarie "in house" sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni del Codice dei contratti pubblici. 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. n. 165/2001, 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 (art. 3-*bis*, comma 6, che riprende in parte quanto già era disposto per le medesime società dall'art. 4, commi 15 e 17).

Con l'art. 3-*bis*, si era attenuata la differenza di disciplina che si era venuta a creare tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e gli altri che - esclusi dall'ambito di applicazione dello stesso - erano soggetti a una disciplina specifica.

Ciò è avvenuto attraverso una tecnica legislativa inedita che ha duplicato le stesse disposizioni (contenute sia nell'art. 3-*bis*, sia nell'art. 4 dello stesso d.l. n. 138/2011).

All'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 3-*bis*, siffatto modo di legiferare, è stato criticato perché - al di là della duplicazione delle disposizioni - l'utilizzo di una diversa terminologia per esprimere la stessa prescrizione avrebbe potuto generare difficoltà applicative[123].

---

[123] C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, op. cit.

Con il senno del poi, invece, il metodo legislativo prescelto è stato provvidenziale. Venuto meno l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, alcune delle disposizioni in esso contenute rimangono in vigore proprio perché medesime disposizioni sono contenute nell'art. 3-*bis*, applicandosi - per la parte che qui interessa - a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'ultimo versante dell'art. 25 del d.l. n. 1/2012 che rimane da analizzare è quello delle modifiche incidenti su specifici settori.

In primo luogo, il legislatore ha esteso alle aziende speciali (art. 25, comma 2, e nuovo comma 5-*bis* inserito nell'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000) alcuni vincoli pubblicistici che negli ultimi anni avevano riguardato le società *in house*. In verità il modello dell'azienda speciale, come si è detto, non è più utilizzabile con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica per volontà del legislatore[124]. Ciò, vale ad oggi, nonostante gli intenti dei referendari, anche per il servizio idrico. Né una via di fuga sarebbe costituita dal ritenere il servizio idrico privo di rilevanza economica, perché tale rilevanza ha carattere oggettivo e non è determinabile dalla scelta soggettiva del singolo ente[125].

Un secondo intervento riguarda il servizio di distribuzione del gas naturale (art. 25, comma 3) ed è volto - con un po' di confusione da parte del legislatore[126] - alla definizione dei divieti di cumulo/extraterritorialità per le società *in house* e dell'eccezione al principio in caso di "prime gare".

Un ultimo intervento riguarda i rifiuti (art. 25, commi 4 e 5). Si prevede che per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate, ai sensi dell'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006 e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività: *a*) la gestione ed erogazione del servizio, che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; *b*) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lett. *a*), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'Autorità territoriale d'ambito (ATO).

Siffatta disposizione è di difficile coordinamento con l'art. 201 del d.lgs. n. 152/2006, dal titolo "*Disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*", e dovrebbe avere comportato l'implicita abrogazione del comma 4 che indica le attività che possono essere affidate per la gestione ed erogazione del servizio di gestione integrata[127].

---

[124] Cfr., art. 35 l. n. 448/2001 e art. 14 d.l. n. 269/2003

[125] Cfr., da ultimo, C. cost., n. 62/2012 e n. 187/2011.

[126] Cfr. C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, *op. cit.*, p. 7.

[127] Cfr. C. Volpe, *op. ult. cit.*, pp. 7 e 8.

Si specifica poi che il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, istituito a decorrere dal 1° gennaio 2013 in tutti i comuni del territorio nazionale a copertura dei costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento, riguarda il servizio svolto mediante l'attribuzione di diritti di esclusiva nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Infine l'art. 25 del d.l. n. 1/2012 prevede obblighi a carico di tutti i concessionari e affidatari di servizi pubblici locali (commi 6 e 7), i quali, a seguito di specifica richiesta, devono fornire agli enti locali, che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi. Ciò, pena l'irrogazione, da parte del prefetto, di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di euro 5.000 ad un massimo di euro 500.000, in caso di ritardo nella comunicazione oltre il termine di sessanta giorni dall'apposita richiesta o di informazioni false.

10. L'art. 53 del d.l. n. 83/2012 (decreto sviluppo)

Anche il decreto sviluppo è intervenuto apportando correttivi alle due disposizioni chiave nella disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: l'art. 3-*bis* e l'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Anche in questo caso gli innesti inseriti all'art. 4 sono stati vanificati per effetto della pronuncia di incostituzionalità di cui si è detto e di cui si parlerà diffusamente nel prossimo paragrafo.

Le modifiche apportate all'art. 3-*bis* riguardano il procedimento, di competenza delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, precisandone i contenuti anche a fini di semplificazione[128].

In particolare si precisa che: *a*) va definito il perimetro degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali e omogenei (comma 1, lett. *a*), n. 1); *b*) devono essere istituiti o designati gli enti di governo degli ambiti e dei bacini (comma 1, lett. a), n. 2); *c*) il termine del 30 giugno 2012 è generale e non consente eccezioni, poiché "*opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti*" (comma 1, lett. *a*), n. 3); *d*) la disposta salvezza delle "*disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali*" opera solo se "*in coerenza con le previsioni*" del comma 1 del citato art. 3-bis (comma 1, lett. a), n. 4).

[128] Cfr., in questo senso, C. Volpe, op.ult. cit., pp. 8-9.

Le modifiche all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 riguardavano, in primo luogo, la delibera quadro relativa alla realizzabilità di un sistema liberalizzato di concorrenza "nel mercato" o, anche di affidamento congiunto dei servizi, nel caso di esito negativo della possibilità di liberalizzazione.

In particolare, le nuove disposizioni alleggerivano il peso del parere obbligatorio dell'AGCM sulla delibera quadro, sotto tre profili: *a*) doveva essere 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*" (comma 1, lett. *b*), n. 1), lett. *a*)); b) non era più preventivo, ma successivo, dovendo intervenire sulla delibera dopo la sua adozione e trasmissione all'Autorità (comma 1, lett. b), n. 1), lett. *b*) e *c*)); *c*) il rilascio dello stesso non era previsto in termini di doverosità e, decorsi i sessanta giorni, l'ente richiedente avrebbe potuto adottare la delibera quadro (comma 1, lett. *b*), n. 1), lett. *d*), *e*) ed *f*).

La delibera quadro andava adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi entro il termine superiore di novanta (e non più trenta) giorni dalla trasmissione del parere dell'Autorità (comma 1, lett. *b*), n. 2), lett. *a*)).

In secondo luogo, le modifiche all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 riguardavano la correzione di refusi e aspetti di dettaglio della disciplina: *a*) veniva specificato il metodo di determinazione delle compensazioni di servizio pubblico del trasporto pubblico regionale e locale (comma 1, lett. *b*) n. 2-*bis*); *b*) veniva sostituito il concerto del ministro per le riforme per il federalismo con quello del ministro degli Affari regionali, sul decreto da adottare, ai sensi del comma 14 del citato art. 4, per definire le modalità di assoggettamento al patto di stabilità delle società "in house" affidatarie dirette della gestione (comma 1, lett. *b*), n. 3); *c*) era chiarito che, a seguito dell'integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e in economia, si ha un'unica società "in house" e non un'azienda in capo alla stessa (comma 1, lett. *b*), n. 4); *d*) era stato aggiunto un ulteriore comma 35-*bis* al citato art. 4 (comma 1, lett. *b*), n. 6), per disporre che, con salvezza delle procedure di affidamento già indette e a decorrere dal 25 marzo 2012, la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale, la preliminare definizione degli obblighi di servizio pubblico, nonché le procedure competitive ad evidenza pubblica, la gara a doppio oggetto e l'affidamento "in house", così come disciplinati e nei limiti consentiti dai commi 8, 12 e 13 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, andassero effettuati e osservati dagli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al precedente art. 3-*bis*, con riguardo ai medesimi ambiti e bacini, prima e ai fini del conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

11. L'effetto *Kirchman* si abbatte sui servizi pubblici locali: la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012.

Sull'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, prima, e sull'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dopo, sono stati scritti centinaia di commenti, di analisi e giudizi critici.

Negli ultimi tempi gli autori avevano apprezzato l'impostazione pro concorrenziale della disciplina, confidando anche, finalmente, sulla sua stabilità. Tant'è che le critiche riguardavano ormai - non più gli aspetti strutturali della disciplina - ma i dettagli, cioè i punti deboli ancora irrisolti. Lo sguardo, insomma, era volto al futuro e, comunque, in un'ottica pro concorrenziale ben definita che era quella scelta dal legislatore.

Anche quest'ultimo aveva fatto dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 il perno della nuova disciplina, innestando nella sua trama prescrittiva gli ultimi affinamenti pro concorrenziali.

Ebbene, la Corte costituzionale, con la citata sentenza del 23 luglio 2012, n. 199, ha sgretolato il castello normativo costruito dal legislatore sull'art. 4 del d.l. n. 138/2011 facendo improvvisamente crollare la fiducia riposta dagli studiosi negli ultimi sviluppi normativi anche promossi del Governo Monti.

La pronuncia della Corte - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011 - rende attuale, ancora una volta, la famosa tesi di Kirchman, secondo cui basta un mutamento legislativo perché intere biblioteche giuridiche vadano al macero[129].

Kirchman peraltro non poteva prevedere almeno due evenienze. La prima è che nei sistemi a Costituzione rigida fondati su un sindacato della costituzionalità delle leggi accentrato, anche le sentenze della Corte Costituzionale possono produrre un analogo effetto. La seconda, che si verifica più raramente, è che mutamenti legislativi improvvisi (o le sentenze della Corte Costituzionale) possono ridare attualità a scaffali di volumi lasciati ammuffire negli scantinati[130].

Con la sentenza n. 199/2012 potrebbero verificarsi entrambe le evenienze. Da un lato, è certo che sarà vanificato lo sforzo del legislatore compiuto in questi anni e concretizzatosi in una serie di interventi normativi coerentemente ispirati nell'ottica di liberalizzare il mercato dei servizi pubblici locali e aprirlo alla concorrenza al massimo grado possibile. A ruota, perderanno di rilevanza molti contributi dottrinari che avevano come presupposto l'assetto normativo previgente. Dall'altro, poiché la Corte Costituzionale ha determinato un ritorno allo standard minimo comunitario, ritornano attuali molti studi del passato con la possibilità che il nostro ordinamento - assecondando la volontà più intima dei referendari - faccia peraltro a breve un ulteriore passo indietro verso la riscoperta di istituti giuridici (le aziende speciali) che, come già ricordato, sono state da tempo espunte dal nostro ordinamento e considerate ormai preistoria del diritto.

---

[129] Cfr. Sulle tesi di Kirchman e per una loro confutazione cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofica del diritto . Il problema della natura della giurisprudenza*, Padova, 1955, II ed., pp. 10 e ss.

[130] In questo senso cfr. M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in *www. giustizia-amministrativa.it*.

La vicenda attuale presente una peculiarità ulteriore rispetto a eventi distruttivi di questa portata che in passato, come oggi, sono stati determinati dalla Corte costituzionale. Non è stato un principio sostanziale di matrice costituzionale a comportare l'illegittimità della nuova disciplina. Anzi, come si è visto l'art. 23-*bis* e, dunque, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che ne aveva replicato l'essenza sono passati indenni al vaglio della Corte con la sentenza n. 325/2010.

L'illegittimità della nuova disciplina è solo formalmente riconducibile alla Costituzione che, tramite l'art. 75, impedisce al legislatore ordinario di sovvertire la volontà popolare espressa negli esiti referendari.

Prima di esaminare il contenuto delle singole censure, la Corte ha dovuto affrontare alcune questioni preliminari.

La prima riguarda l'oggetto della pronuncia. Rispetto al momento della proposizione del ricorso l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha subito, come si è visto, nei paragrafi precedenti numerose modifiche. Queste ultime hanno limitato ulteriormente le ipotesi di affidamento diretto, comprimendo ulteriormente le sfere di competenza regionale. Per tale ragione, le questioni di legittimità costituzionale sono state estese alla nuova formulazione dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale. Infatti, anche in passato la Corte costituzionale, in situazioni analoghe, ha affermato che lo *ius superveniens*, lungi dal determinare la cessazione della materia del contendere, ne proietta il sindacato sulla nuova formulazione della norma censurata[131].

La seconda questione preliminare riguarda l'ammissibilità della censura - che risulterà decisiva nel merito - proposta dalle Regioni sulla violazione dell'art. 75 Cost.

Secondo la Corte, le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo allorquando la violazione denunciata sia "*potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni*"[132] e queste abbiano sufficientemente motivato in ordine ai profili di una "*possibile ridondanza*" della predetta violazione sul riparto di competenze, assolvendo all'onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione[133].

Nella specie, le richiamate condizioni di ammissibilità delle censure sono soddisfatte. Le ricorrenti assumono che, con l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con conseguente delimitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle Regioni e regolamentare degli enti locali, le

---

[131] Cfr. C. cost., 6 giugno 2012, n. 142.
[132] Cfr. C. cost., sentenza n. 303 del 2003; di recente, nello stesso senso, sentenze n. 80 e n. 22 del 2012.
[133] Cfr. sentenza n. 33 del 2011.

competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali si sono riespanse. Infatti, a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più "favorevole" per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell'abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un'interpretazione ancor più estesa dell'ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali.

Nel merito è stata ritenuta fondata la violazione dell'art. 75 Cost..

La Corte rileva che il citato art. 4 è stato adottato con d.l. n. 138/2011, dopo che, con d.P.R. n. 113/2011, era stata dichiarata l'abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Quest'ultima, come si è visto, si caratterizzava per il fatto che dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i predetti servizi, fatta eccezione per quelli espressamente esclusi, volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione veniva, peraltro, demandata ad un regolamento governativo, adottato con il d.P.R. n. 168/2010.

Con la richiamata consultazione referendaria detta normativa veniva abrogata e si realizzava, pertanto, l'intento referendario di "*escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*"[134] e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente.

A distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'impugnato art. 4, il quale ha dettato una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente 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.

---

[134] cfr. sentenza n. 24/2011, cit., v. *supra*.

Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, "*l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*" (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-*bis* (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 €, nel testo originariamente adottato; 200.000 euro, nel testo vigente al momento della pronuncia) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-*bis* – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Dall'altro lato, la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (è il caso, ad esempio, del comma 3 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 "recepito" in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011; così come del comma 10, lettera *a*), dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325/2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* (il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, ad esempio, coincide letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-*bis* di cui al d.P.R. n. 168/2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento).

Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – la Corte ha rilevato l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e l'identità della *ratio* ispiratrice.

Peraltro, le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere.

Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ai quali era rivolto l'art. 23-*bis*, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza, in definitiva, che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011.

La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare dalla natura del referendum, quale atto fonte dell'ordinamento, deriverebbe il principio, secondo cui il potere legislativo popolare, non solo elimina dall'ordinamento la disposizione oggetto del referendum, ma anche impedisce al Parlamento di disciplinare la materia in senso contrario a quanto risultato dalla consultazione popolare[135].

La Corte ricorda che il limite del divieto di riproposizione delle norme abrogate ha carattere relativo, ammettendo che tale divieto sia superabile in caso di "*mutamento...del quadro politico*" o "*delle circostanze di fatto*" (punto 5.2.2.). Tuttavia, pur consapevole di ciò, ha ritenuto che nel caso di specie "*non sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata*" (ancora punto 5.2.2.).

Per quanto lineare - tanto da apparire quasi come una presa d'atto di una eclatante elusione da parte del legislatore della volontà popolare - la pronuncia della Corte lascia spazio a qualche perplessità.

Non v'è dubbio che l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 abbia riproposto - nell'impostazione di principio e nel dettaglio normativo - il precedente art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008.

Un primo profilo di criticità, tuttavia, emerge proprio dalla linearità della decisione nel ritenere fondata la questione di costituzionalità, prescindendo da una concreta contestualizzazione della vicenda e rinunciando ad avvalorare gli aspetti che rendono *relativo* il divieto di riproposizione costituzionalizzato all'art. 75 Cost.

---

[135] C. cost., ord., 14 gennaio 1997,n. 9.

La Corte dimostra di essere consapevole che fattori "politici" o di "fatto" possano comportare anche un superamento del divieto, tuttavia nell'applicazione del principio sembra essere pervenuta troppo sbrigativamente a ritenere insussistenti elementi di questa natura.

Invece, se si guarda attentamente all'evoluzione dei fatti e dei mutamenti politici che hanno accompagnato la produzione normativa, ci si potrebbe convincere del contrario.

In primo luogo, in punto di "fatto", l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 nasce in uno dei momenti più acuti della crisi del debito italiano, come dimostra il fatto che solo qualche giorno prima era giunta al Governo Italiano la lettera Draghi-Trichet che chiedeva espressamente al Governo un impegno preciso sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali[136]. Né il profilo temporale richiamato con precisione dalla Corte (23 giorni dall'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 all'introduzione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011) assume particolare significato, atteso che è notorio il rapido avvitamento della crisi anche a causa delle speculazioni nei mercati. Tali condizioni, al momento della proposizione dei quesiti e anche al momento della votazione dell'elettorato non erano neppure prevedibili nella loro drammaticità.

E' vero che la disciplina sui servizi pubblici locali non può rappresentare in sé una misura risolutiva della crisi, ma essa rappresentava uno degli interventi più significativi e qualificanti della nuova azione normativa volta a far fronte alla crisi e andava considerata come parte di un complesso di previsioni necessarie.

In secondo luogo, dal punto di vista "politico", l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - sorto sotto il Governo Berlusconi - è stato evidentemente accettato dalla nuova compagine governativa guidata dal prof. Monti, che ne ha fatto proprio il fondamento di una più decisa azione liberalizzatrice e pro concorrenziale.

E' evidente, dunque, che la Corte non ha considerato profili che avrebbero potuto condurre a soluzioni diverse e scongiurare a monte il rischio della declaratoria di incostituzionalità[137].

Un secondo profilo di criticità, anche ammettendo la correttezza della pronuncia sulla incostituzionalità della disciplina, riguarda la portata oggettiva della caducazione.

---

[136] Come già ricordato, dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici al punto 1 lett. *a*) della lettera si svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: "*A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations*".

[137] Anche gli autori che si erano occupati della questione avevano escluso l'esito incostituzionale, avvalorando la nuova situazione di fatto: cfr. C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che richiama a tal riguardo R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, pp. 2368 e 2371: "*l'intervento successivo del legislatore ordinario dovrà considerarsi* […] *legittimo nel caso in cui la nuova legge venga adottata con efficacia proiettata solo per il futuro ed in ragione del sopraggiungere di nuove condizioni oggettive concernenti la materia sottoposta a referendum" e "il Parlamento risulta libero, da un punto di vista giuridico e costituzionale, di adottare una disciplina (sostanzialmente) analoga a quella abrogata dal corpo referendario* […], *assumendosene, tuttavia, la correlativa responsabilità politica di fronte agli elettori*".

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 24/2011 ha rilevato che la *ratio* del quesito referendario era ravvisabile all'intento di escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-*bis*, che limitavano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare la gestione *in house*.

In questa ottica, come si è già detto, la portata integrale del quesito referendario appariva sproporzionata rispetto alla *ratio* dello stesso. A meno di non voler ritenere palesemente erroneo il giudizio di ammissibilità della Corte, probabilmente si deve ritenere che l'estensione del quesito a tutto l'art. 23-*bis* - reputato dalla stessa congruo rispetto all'intento - fu imposta dall'ottica necessariamente *destruens* del referendum abrogativo.

Per perseguire l'obiettivo indicato fu, dunque, necessario scardinare l'intero sistema costruito dall'art. 23-*bis*, senza la possibilità di ritagli "chirurgici" all'articolo che avrebbero permesso di conservare singole prescrizioni da ritenersi indifferenti rispetto alla *ratio* del quesito referendario.

In ultima analisi, ciò vorrebbe dire che l'abrogazione totale dell'art. 23-*bis* fu necessaria per correggere gli "eccessi" pro concorrenziali relativi all'affidamento diretto, ma non che da essa doveva essere precluso al legislatore un nuovo intervento che replicasse alcune disposizioni contenute nell'art. 23-*bis* estranee alla disciplina dell'affidamento diretto alla società *in house*.

Si pensi per esempio alla disciplina della gara per l'affidamento a terzi o anche a quella per la scelta del socio privato nella società mista (commi 11 e 12). Si tratta di profili estranei alla *ratio* del quesito referendario, poiché non condizionano né in modo diretto né indiretto la possibilità di ricorrere all'*in house*. Rispetto all'obiettivo di ristabilire una sorta di equilibrio a favore dell'*in house* è legittimo incidere sul criterio per scegliere l'una o l'altra forma di affidamento, ma sarebbe ultroneo arrivare a condizionare la modalità di svolgimento della gara.

Peraltro le regole sulla gara sono in gran parte espressione di principi generali di diritto comunitario riconducibili direttamente al Trattato, quali l'imparzialità, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità e, comunque, l'aggiudicazione di una gara svolta senza il rispetto di buona parte di quelle regole basilari contenuta nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e poi nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 - in assenza di specifiche prescrizioni normative - si tradurrebbe dal vizio della violazione di legge a quello dell'eccesso di potere[138].

---

[138] Si pensi per esempio alla regola fissata dal comma 11, lett. *b*) secondo cui la *lex specialis*: "*assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio*". Qualche dubbio vi sarebbe sulla necessità di altre disposizioni, come quella sui raggruppamenti (comma 11, lett. *d*). A questo proposito il giudice amministrativo sembra più cauto rispetto all'AGCM, la quale presume in modo assoluto l'anticoncorrenzialità del raggruppamento quando i singoli componenti hanno di per sé i requisiti minimi per partecipare alla gara (parere del 7 febbraio 2003 n. AS251. In particolare, sebbene secondo un certo orientamento, la clausola inserita nel bando di gara che preveda limitazioni alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa (ma contenuta in una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), è legittima, in quanto l'introduzione della menzionata limitazione

Analogo discorso può farsi anche rispetto ad altre disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e che riguardano la fase a monte della determinazione dell'assetto di mercato e la definizione degli obblighi di servizio pubblico.

In primo luogo, la centralità della concorrenza "nel mercato" come costruita in punto di principio dal nostro legislatore è espressione del principio comunitario (art. 106 TFUE) che assegna priorità al principio concorrenziale rispetto all'affidamento diretto o all'attribuzione di diritti di esclusiva. Quella disciplina è volta a determinare a monte l'assetto del mercato e non intacca la possibilità dell'affidamento diretto, se non alla stessa stregua di quanto accade nel diritto comunitario.

Si può discutere delle forme, ma in punto di principio l'attenzione del legislatore per la concorrenza "nel mercato" deriva dal diritto comunitario ed è compatibile con la *ratio* del quesito referendario. Infatti, anche nel diritto comunitario non si può pretendere la cancellazione della concorrenza nel mercato a favore dell'*in house* se non si dimostra che la prima sia insufficiente per lo svolgimento della "missione" pubblicistica di cui è onerato l'ente locale.

In secondo luogo, appare estranea alla disciplina propria dell'affidamento diretto alla società *in house*, la regola che imponeva agli enti locali di definire preliminarmente, 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 (comma 5).

Passando ad altri aspetti più specifici, sono estranee alla *ratio* del referendum altre disposizioni che attengono al regime ordinamentale della società *in house*. Il referendum riguardava l'ordinamento delle società *in house*, ma l'affidamento del servizio alla stessa in relazione alle altre due alternative (affidamento con gara a terzi e affidamento diretto a società mista).

In questa prospettiva appare eccessiva la caducazione delle norme sugli acquisti e il reclutamento del personale (commi 14 e 15). Tali norme pur se contenute nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e concretamente volte ad irrigidire la funzionalità della società *in house* rispondono ad esigenze più generali che non riguardano la tutela della concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici locali.

---

rientra tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura (Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4145), di recente è stato sostenuto che non vi sia alcun limite legale ad associarsi in ATI per imprese già autonome e che, pertanto, sarebbe illegittimo precludere la partecipazione in ATI di società che avrebbero i requisiti per partecipare anche singolarmente, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso (Tar Lazio-Roma, 27 ottobre 2011, n. 8367). Per una ricostruzione della vicenda cfr. anche Tar Lazio-Roma, 4 gennaio 2012, n. 82.

Tali norme, come si è visto, sono espressione di una tendenza legislativa più generale che tende ad estendere alle società pubbliche il regime funzionale delle amministrazioni pubbliche tradizionali.

Non a caso, per esempio, le norme sugli acquisti sono espressione di principi più generali contenuti nel Codice dei contratti pubblici e, in ogni, caso si applicano anche alle società miste.

Su questo profilo, comunque, l'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, nel riprodurre le stesse norme contenute nell'art. 4 dello stesso sembra avere provvidenzialmente neutralizzato il rischio di ingiustificate disparità di trattamento tra le società operanti in diversi ambiti dei servizi pubblici locali.

Anche il divieto di extraterritorialità o del cumulo di attività da parte della società *in house* sembra non essere riconducibile in modo stretto alla *ratio* del referendum. Tale divieto ha una logica pro concorrenziale, inserendosi in quelle norme recenti che in nome di tale esigenza limitano l'attività delle società pubbliche[139]. Ebbene, l'obiettivo del referendum era quello di riequilibrare a favore dell'*in house* la disciplina pro concorrenziale delle modalità di affidamento, ma non la rimozione dei limiti generali pro concorrenziali incidenti sull'attività delle società pubbliche, ai quali può essere ascritta la norma in questione.

Tali limiti pro concorrenziali all'attività delle società pubbliche sono espressione di una esigenza più generale dell'ordinamento, come dimostra l'analoga norma applicabile alle società strumentali (art. 13 del d.l. n. 223/2006).

In questi casi, il legislatore intende scongiurare i potenziali effetti distorsivi della concorrenza e la violazione del principio di parità degli operatori connessi all'operare delle società pubbliche che possano godere della posizione privilegiata determinata dalla propria posizione di affidatari diretti[140], evidenziando il rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza, brutalmente, nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Anche in questo senso, il privilegio non necessariamente si realizza in modo semplicistico introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche, ed in maniera più sofisticata, garantendo all'impresa una partecipazione sicura al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali, in sintesi: un minimo garantito.

---

[139] Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 7 e ss.
[140] Cons. St., sez. V, 5 marzo 2010 , n. 1282.

Così contestualizzata la norma in questione, è evidente che si tratta di una ipotesi estranea alla *ratio* del quesito. Con la conseguenza che la sua caducazione viene a determinare una asimmetria ingiustificata di trattamento rispetto alle società strumentali che operano al di fuori dei servizi pubblici locali.

Infine, dovevano essere esclude dalla caducazione le norme sulle incompatibilità (commi da 19 a 27) e sul rispetto della qualità del servizio attraverso la pubblicizzazione dei dati (comma 33-*bis*). Si tratta di disposizioni riguardati profili diversi dalle modalità di affidamento e che attengono, le prime, agli assetti istituzionali e al rapporto di indipendenza tra le funzioni di gestione e regolazione e, le seconde, al miglioramento della qualità del servizio. Sono, dunque, aspetti generali che prescindono dalle modalità di affidamento e che sono auspicabili come requisiti immanenti di un qualsiasi modello di gestione dei servizi pubblici locali.

12. L'involuzione del grado di concorrenzialità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e i margini per un nuovo intervento legislativo pro concorrenziale

L'esito del referendum ha costituzionalizzato un indietreggiamento pro concorrenziale nella disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. Questo passo indietro trova un punto invalicabile, anch'esso di carattere costituzionale per effetto degli artt. 11 e 117 Cost.), nella tutela pro concorrenziale minima ed indefettibile imposta dall'ordinamento comunitario.

Inoltre, la pronuncia della Corte ha determinato la caducazione anche disposizioni che sull'ottica pro concorrenziale delle modalità di affidamento non hanno una incidenza diretta. La pronuncia sembra, infatti, riferirsi al contenuto integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, prescindendo dalla *ratio* del quesito referendario che, invece, si riferiva in modo specifico alla eccessiva severità in funzione pro concorrenziale con la quale era stato disciplinato l'affidamento *in house*.

Il principale "mandante" di questa nuova situazione è, dunque, il legislatore popolare che spinto da erronee o ingannevoli suggestioni populistiche ha determinato un risultato, per quanto dagli esiti nefasti, certo nel suo contenuto precettivo. Anche la Corte costituzionale però ha rinunciato a percorrere sentieri ricostruttivi che potevano scongiurare a monte l'effetto dell'incostituzionalità o, comunque, evitare la più estesa portata caducatoria.

A questo punto diventano attuali le preoccupazioni anticipate da autorevoli studiosi alla vigilia della consultazione referendaria. Preoccupazioni che assumo contorni ancor più netti alla luce dell'evolversi della crisi del debito pubblico.

Occorre prendere atto che la riduzione Debito/Pil possa perseguirsi solo sotto la morsa di due fattori: la riduzione della spesa pubblica e la crescita dell'economia nazionale. Anche gli enti locali sono soggetti al giogo di questa duplice esigenza.

In questo contesto, l'unico modo per sperare in una espansione - quantitativa e qualitativa - dei servizi pubblici locali sarebbe stato il perseguimento delle politiche di liberalizzazione e l'apertura del mercato ai privati in nome dell'efficienza.

Sul fronte della crescita ciò sarebbe servito anche all'avvio di una nuova stagione di investimenti sulle infrastrutture attraverso il contributo dei capitali privati[141].

Per dare l'idea di ciò che sarebbe necessario per la crescita e al contempo per stimare il necessario impegno economico per risolvere l'arretratezza infrastrutturale del nostro Paese in tre settori nevralgici (idrico, rifiuti e trasporto pubblico locale), si pensi che il fabbisogno di investimenti è stato quantificato qualche anno fa in 100 miliardi di euro[142].

In definitiva, in questo quadro a tinte fosche il filo di Arianna per rivedere la luce sarebbe stata la coltivazione del disegno di liberalizzazione dei servizi pubblici locali e l'incentivazione all'ingresso di capitali privati, avviato qualche anno fa e proseguito con decisione dal Governo Monti.

L'esito referendario, del quale ha preso atto la Corte costituzionale, tradisce invece questa esigenza e condanna gli enti locali a fare da sé ciò che in realtà non possono fare, ripiombando nel labirinto oscuro della gestione pubblica, dell'inefficienza gestionale, dell'ulteriore involuzione infrastrutturale. In definitiva, dai servizi pubblici locali viene un nuovo, anche se non inedito, contributo all'aumento del debito e al peggioramento delle condizioni di ricchezza del nostro Paese. Senza, peraltro, alcuna speranza che la qualità degli stessi e i loro costi possano migliorare.

Ci si chiede, a questo punto, se e in che modo ci potrebbe essere spazio per un nuovo intervento del legislatore.

L'unica certezza è l'applicazione della disciplina pro concorrenziale "minima" derivante dal diritto comunitario e, dunque, innanzitutto l'affidamento tramite gara a terzi. In alternativa sarà possibile l'affidamento diretto a società mista con socio privato scelto tramite gara a "doppio oggetto". L'*in house*, pur rimanendo ipotesi eccezionale di affidamento del servizio, è consentito senza i vincoli del recente passato ma solo al verificarsi delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario: totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività prevalente a favore dell'ente pubblico controllante. Come già rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 325/2010, la normativa comunitaria ammette la gestione diretta dei servizi pubblici locali nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche

---

141 Cfr. F. Bassanini, *Introduzione*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit., p. 15-16.
142 Cfr. C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, op. cit., p. 27.

della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante gara) ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico.

Sulla possibile disciplina residuale regna l'incertezza. Si potrebbe provare anzitutto a ritenere mutato il quadro "politico" e di "fatto" rispetto all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e, dunque, ritenere già maturi i tempi per una riproposizione della normativa abrogata in via referendaria. Anche perché - alla luce degli stretti vincoli di bilancio imposti a livello comunitario - la riduzione del debito si deve incanalare necessariamente nell'effetto congiunto delle liberalizzazioni (per promuovere la crescita) e nelle privatizzazioni (per ottenere anche nel breve periodo le risorse necessarie ad abbatterlo).

Se si ritenesse impraticabile questa seconda prova di forza da parte del legislatore dopo l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, si dovrebbe verificare se e quali frammenti della precedente disciplina possano essere riproposti, senza incorrere nuovamente nell'incostituzionalità.

A questo riguardo la portata "integrale" della pronuncia della Corte costituzionale costituisce un ostacolo di rilievo al rinnovato esercizio del potere legislativo nel senso tracciato negli ultimi anni.

Lo sforzo del legislatore degli ultimi anni come si è visto si è concretizzato in modo nitido anche sul piano logicamente e giuridicamente prioritario della concorrenza "nel mercato". Il principio è che laddove il sistema concorrenziale pieno riesca a soddisfare le esigenze di servizio pubblico, non ci può essere spazio per l'attribuzione del diritto di esclusiva nella gestione del servizio. Né gestione pubblica diretta, dunque, né concorrenza "per il mercato", la quale costituisce comunque un *second best* rispetto alla prima.

Il principio in sé sembra essere espressione dell'art. 106 del Trattato. Per cui la caducazione della relativa disciplina da parte della Corte costituzionale deve intendersi non per il principio in sé, ma nel modo in cui dettagliatamente è stato attuato. Vi sarebbe dunque spazio anche nel prossimo futuro per riproporre la medesima disciplina di principio sia pure con gli opportuni adattamenti di diritto positivo che la rendano in parte diversa da quella caducata dalla pronuncia della Corte.

Analogamente, e per la medesima ragione, appare riproponibile la regola che imponeva agli enti locali di definire preliminarmente, 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. Si tratta di una misura necessaria di trasparenza volta, a monte, a capire se sia necessario attribuire diritti in esclusiva e, a valle, ad evitare compensazioni eccessive in violazione dell'ordinamento comunitario.

Quanto alla concorrenza "nel mercato", ci sarà spazio per riproporre regole sulla disciplina della gara per l'affidamento a terzi o anche a quella per la scelta del socio privato nella società mista (commi 11 e 12).

Tra queste regole, infatti, alcune sono espressione quasi vincolata di principi generali di diritto comunitario riconducibili direttamente al Trattato, quali l'imparzialità, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità. Si pensi per esempio ai requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara che devono essere proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio o alla necessità che le offerte siano valutate da una commissione di esperti.

In questa prospettiva vanno valutate le regole che, anche se non riconducibili al Trattato, sono comunque espressione di un necessario punto di equilibrio individuato dall'ordinamento comunitario. Si pensi alla regola per la selezione del socio privato della società mista che impone che quest'ultimo svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento.

Altre regole - si pensi alla regola che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio non possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti - sono comunque espressione necessitata di una buona amministrazione e la mancata osservanza delle stesse determinerebbe, comunque, il vizio dell'eccesso di potete.

Sul versante - non direttamente concorrenziale - della qualità dei servizi, la Corte ha determinato la caducazione di alcune disposizioni che non erano prima contenute nell'art. 23-*bis*. E' il caso degli obblighi di pubblicizzazione dei dati della gestione che sono stati inseriti nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 solo con la legge di stabilità (legge n. 183/2011). In questo caso si deve ritenere che la caducazione sia stata meramente accidentale e soltanto per la circostanza che esse si sono trovate inserite in un contesto più generale. Esse possono, dunque, essere riproposte perché non sono state oggetto del referendum.

Più difficile sarebbe riproporre in via legislativa quelle regole già previgenti nell'art. 23-*bis*, volte a promuovere alcuni interessi particolari non necessari o a realizzare in modo più stringente alcune esigenze imposte dal diritto comunitario.

Un esempio del primo tipo sono le regole di gara volte a rendere più efficiente la gestione. Si pensi a questo proposito alla regola che prevedeva l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevedeva altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale. Si tratta di regole non

necessarie perché non riconducibili ai principi generali, né la loro assenza integrerebbe di per sé il vizio dell'eccesso di potere. Rispondono invece ad un particolare interesse pubblico che, in assenza di una previsione legislativa *ad hoc*, non deve essere necessariamente tutelato dal singolo ente con quella intensità.

Un esempio del secondo tipo è la regola che disciplina l'ingresso del socio privato "operativo" nella società mista. Il diritto comunitario impone l'esigenza che il socio privato sia anche operativo, invece l'ordinamento interno si era spinto a dare un'accentuata prevalenza a tale aspetto imponendo che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie.

La caducazione integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ad opera della Corte costituzionale indurrebbe a ritenere che una riproposizione di queste ultime tipologie di regole - meramente opportune al fine di tutelare determinati interessi, ma non necessarie - integrerebbe lo stesso vizio di incostituzionalità, per quanto non riconducibile alla *ratio* del quesito referendario.

In questa logica sarebbero improponibili anche le disposizioni sugli acquisti e il reclutamento del personale, provocando peraltro ingiustificate asimmetrie rispetto alla disciplina delle società pubbliche in altri campi d'azione estranei ai servizi pubblici locali. Come già detto, su questo versante, il rischio di effetti distorsivi sul pianto sistematico sono neutralizzati dal fatto che il legislatore ha da tempo riproposto le stesse regole con l'art. 3-*bis* dello stesso d.l. n. 138/2011 e dal fatto che in gran parte tali regole sono espressione di principi generali che trovano fondamento in altre disposizioni di diritto positivo, come - nel caso degli acquisti - il Codice dei contratti pubblici.

La bocciatura referendaria ha travolto anche - per quanto non strettamente riconducibile alla *ratio* del quesito - il divieto di extraterritorialità o del cumulo di attività da parte della società *in house* e le norme sulle incompatibilità. A valle, per parte sua, la Corte costituzionale ha travolto l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 senza scriminare tali norme che in esso erano state sostanzialmente riproposte.

Ne consegue che su queste specifiche tematiche, le maglie per un nuovo intervento del legislatore analogo al precedente sono davvero molto strette. Gli effetti di tale preclusione a carico del legislatore sarebbero peraltro incoerenti con principi più generali del nostro ordinamento. Si pensi al divieto di extraterritorialità o del cumulo di attività da parte delle società *in house* che ha contenuto simile a quello operante per le società strumentali operanti in settori diversi dai servizi pubblici locali. Come si è visto, l'impossibilità per il legislatore di ripristinare il divieto potrebbe creare un *vulnus* al principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, attribuendo alle prime un vantaggio derivante dalla sicurezza dell'affidamento diretto da sfruttare per competere in altri mercati.

Ciò nonostante, la caducazione integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 determina ad oggi il dubbio che la riproposizione delle stesse norme possa determinarne l'illegittimità costituzionale. Ciò soltanto sulla base del dato formale che si tratta di prescrizioni già previste dal legislatore e bocciate dal referendum. Si doveva, invece, tener conto in un'ottica più sostanziale, in primo luogo, del fondamento di tale bocciatura in relazione a ciascuna specifica disposizione e, in secondo luogo, del fatto che alcune prescrizioni sono frutto di altre esigenze dell'ordinamento generale.

Anche laddove il legislatore potesse legittimamente intervenire - almeno parzialmente - per riproporre alcune disposizioni del passato, rimane certa l'involuzione pro concorrenziale del nostro sistema. Ciò non solo sul versante più visibile delle modalità di affidamento del servizio. La pronuncia della Corte ha fatto venir meno, infatti, il disegno del legislatore volto a rendere prioritaria la concorrenza "nel mercato" secondo regole chiare ed efficaci.

Non è tutto. Sono state cancellate, infatti, anche le norme sulle incompatibilità che garantivano - sia pure in modo non ancora soddisfacente - un'embrionale distinzione tra funzione di regolazione funzione di gestione. In definitiva è stato indebolito complessivamente il governo pubblico a favore del ritorno di antichi interessi costituiti.

Si tratta dunque di un passo indietro complessivo del sistema che si espone al diffondersi dei vizi del recente passato, riassumibili nella emblematica espressione dell'uso privato dell'interesse pubblico. D'altronde, la rendita di monopolio può essere goduta non solo sotto forma di extra profitto, ma anche sotto forma di "quieto vivere" del *management*, sovradimensionamento degli organici, organizzazione del lavoro permissiva, livelli salariali superiori a quelli in vigore nei settori esposti alla concorrenza, ecc[143].

Di questa natura occulta della rendita di monopolio i referendari probabilmente non erano molto consapevoli e di sicuro i toni trionfanti che hanno accompagnato dapprima l'esito del referendum e poi la pronuncia della Corte potrebbero essere ben presto moderati di fronte al ritorno dei risultati fallimentari del passato.

---

[143] C. De Vincenti, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, *op. cit.*, p. 30.