

# l'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

di Edoardo Sirza, Xavier Santiapichi\*

La legislazione italiana sul divieto degli affidamenti diretti è andata ben oltre a quanto disposto dalla normativa comunitaria sulla concorrenza e sancito dalla Corte di Giustizia europea. Il referendum contro la privatizzazione del servizio idrico e degli altri servizi pubblici locali ha abolito le norme italiane che imponevano l'obbligo di aprire il settore all'iniziativa privata, ma alcune sentenze della Corte Costituzionale potrebbero comunque mantenere in essere una interpretazione restrittiva per gli affidamenti in-house.

## La normativa italiana sugli affidamenti in-house prima del 29-bis

Prima dell'entrata in vigore del regolamento delegificante (d.P.R. n. 168/2010) previsto dall'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, i servizi pubblici locali di rilevanza economica potevano essere erogati, ai sensi di quanto disposto dal d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali – di seguito T.U.E.L.), o da parte di società di capitali individuate attraverso l'espletamento di procedure a evidenza pubblica, o da parte di società a capitale misto pubblico e privato, nelle quali però il socio privato fosse scelto attraverso l'espletamento di gare a evidenza pubblica, con necessaria predeterminazione dei futuri compiti operativi dello stesso (in questi due casi il soggetto pubblico si rivolge al mercato al fine di individuare un soggetto terzo erogatore del servizio),

oppure da parte di società c.d. *in-house* (in questo caso l'Amministrazione eroga il servizio in modo sostanzialmente diretto, seppur con l'intermediazione di un'entità societaria la quale, soddisfatti determinati requisiti, tra cui la proprietà azionaria interamente pubblica, è considerabile una *longa manus* dell'Amministrazione).

Le società *in-house* sono state oggetto di numerosi pronunciamenti da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee poiché ogni qual volta un soggetto pubblico conclude un contratto che sia di concessione o di appalto con un soggetto terzo, è interesse del diritto comunitario che siano rispettati determinati principi posti a tutela della concorrenza tra tutte le imprese dell'U.E.. Quindi, ogni qual volta un'Amministrazione locale decide che non sarà essa stessa ad erogare un servizio pubblico, ma ne concederà la gestione a un soggetto terzo, questo soggetto dovrà essere selezionato mediante procedure a evidenza pubblica che garantiscano un'adeguata apertura al mercato delle imprese. Si noti altresì che l'Amministrazione può legittimamente decidere di erogare direttamente in proprio il servizio poiché non concludendo in tal caso un contratto di concessione con un soggetto terzo, la sua posizione è irrilevante per il diritto comunitario e l'assenza di procedure concorrenziali non lede la posizione degli operatori economici privati che vengono tutti egualmente esclusi dalla possibilità di aspirare a erogare quel servizio e concorrere per quel mercato.

Poiché le Amministrazioni spesso affidavano direttamente (senza previa gara) le gestioni dei servizi a società interamente pubbliche, è sorta una questione di compatibilità con il diritto comunitario di tali affidamenti diretti, dal momento che rientravano nella nozione comunitaria di concessione, costituendo le società di capitali entità soggettive distinte

dai soci pubblici che erano i soggetti affidanti. Si trattava di situazioni di confine in cui, a fronte di un'esternalizzazione formale non corrispondeva anche una esternalizzazione sostanziale, poiché le società erano interamente sotto il controllo dei soggetti pubblici che affidavano i servizi.

La Corte di Giustizia, con la sent. Teckal (18 novembre 1999, causa C-107/98) ha chiarito che al ricorrere di determinate condizioni quali un controllo dell'Amministrazione (socia) sulla società analogo a quello che l'Amministrazione ha sui propri servizi (che è garantito soltanto dalla necessaria totale assenza di apporto di capitale privato e una correlativa totale partecipazione pubblica, nonché una serie di ulteriori limiti tra cui l'impossibilità prevista dallo statuto di alienare quote di capitale a soggetti privati) e la realizzazione della parte più importante della attività della società con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano, il contratto di concessione con cui viene affidata la gestione di un servizio pubblico non deve essere necessariamente preceduto da una procedura concorrenziale, poiché la società, che viene definita *in-house*, non può essere considerata un soggetto terzo rispetto all'Amministrazione affidante.

## L'approccio sostanzialistico del diritto comunitario

Il diritto comunitario, che ha sempre adottato un approccio sostanzialistico al fine di garantire un'uniformità di applicazione nei diversi ordinamenti degli Stati membri, ha quindi considerato estranea al suo interesse (che in questo campo è esclusivamente quello di garantire condizioni concorrenziali tra le imprese dell'U.E.) la prassi delle Amministrazioni Pubbliche di fornire ai propri cittadini servizi di interesse generale non in proprio, ma mediante un'entità societaria che sia chiaramente una *longa manus* del

soggetto pubblico. In altri termini, la gestione diretta del servizio pubblico da parte delle Pubbliche Amministrazioni e la gestione tramite un ente societario distinto, ma soggetto a un totale controllo da parte dell'Amministrazione, sono state equiparate e considerate entrambe legittime dal punto di vista della tutela della concorrenza tra le imprese che il diritto comunitario aspira a garantire. Quindi la Corte di Giustizia ha considerato un'eccezione legittima l'affidamento diretto della gestione di servizi di interesse economico generale a società *in-house* senza previa gara, rispetto alla necessità di esperire procedure a evidenza pubblica, laddove la Pubblica Amministrazione decida di concludere un contratto di concessione con un soggetto terzo, esternalizzando la gestione del servizio.

Questa eccezione, quindi, non è da intendersi nel senso che vi sarebbe una regola preferenziale per l'esternalizzazione della gestione del servizio. La Commissione, nella comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa del 2001, ha chiarito che *“la neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata, delle imprese è garantita dall'art. 295 del Trattato CE (attuale art. 345 T.F.U.E.)”* ai sensi del quale *“i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”*.

Sul fronte della legislazione interna, il Testo Unico degli enti locali non effettuava alcuna scelta preferenziale in favore di una delle tre modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e le Amministrazioni locali potevano pertanto liberamente scegliere se optare per una gestione sostanzialmente pubblica dei servizi pubblici locali, affidandoli direttamente senza gara a società *in-house*, oppure esternalizzare la gestione individuando il soggetto privato mediante l'espletamento di procedure concorrenziali. Tale libertà lasciata dalla legge alle Amministrazioni locali in merito alla scelta del modello di gestione dei servizi pubblici era giustificata, da un lato, dal fatto che, come si è visto, è irrilevante ai sensi del diritto comunitario se i fornitori di servizi di interesse generale siano soggetti pubblici o privati (essi sono soggetti agli stessi diritti e obblighi); dall'altro lato, si è a lungo pensato che fosse rinvenibile nel nostro ordinamento (precipuamente



nell'art. 117, comma 2, Cost.) un limite interno alla possibilità di imporre con legge dello Stato un modello preferenziale di gestione dei servizi pubblici locali.

### La nuova normativa italiana sugli affidamenti dei servizi pubblici locali

L'art. 35 l. n. 448/2001 e l'art. 14 d.l. n. 269/2003 hanno successivamente vietato la gestione formalmente pubblica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, imponendo, in caso di scelta per la gestione sostanzialmente pubblica, l'impiego delle forme societarie (*in-house*).

L'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, ha rovesciato gli equilibri abrogando il comma 5 dell'art. 113 del T.U.E.L. e ha prescritto che, in via ordinaria, la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sarebbe dovuta essere affidata a imprenditori o società private scelte mediante procedure a evidenza pubblica rispettose dei principi comunitari, o a favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che venisse messa a gara la qualità di socio privato congiuntamente all'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, e che al socio venisse attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. Soltanto in deroga a tali modalità di affidamento ordinarie appena citate, e solo per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali

e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace ricorso al mercato, previa adeguata pubblicità della scelta motivata in base ad un'analisi del mercato e previo parere dell'A.G.C.M., l'erogazione del servizio pubblico di rilevanza economica poteva essere affidato direttamente a una società *in-house*.

Il Legislatore nazionale, in assenza di un impulso da parte del diritto comunitario che si è sempre limitato a sancire la legittimità degli affidamenti diretti a società *in-house*, ha optato per un modello di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica improntato al ricorso al mercato laddove quest'ultimo consenta la realizzazione di fini sociali e la promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali (ex art. 112 T.U.E.L.). In altri termini è stata espressa una esplicita e cogente preferenza per l'esternalizzazione, ammettendo la gestione di servizi pubblici locali mediante affidamento diretto a società *in-house* solo in casi eccezionali in cui fosse provato che il ricorso al mercato non avrebbe assicurato una adeguata erogazione del servizio pubblico.

L'art. 23-bis conteneva inoltre un rigido e complesso regime transitorio, con cessazione automatica a data certa delle convenzioni in essere tra le Pubbliche Amministrazioni e i soggetti affidatari della gestione di servizi pubblici in difformità dalle ordinarie forme di affidamento dei servizi pubblici locali previste dallo stesso art. 23-bis. La scelta del Legislatore di impor-



re una gestione dei servizi pubblici locali improntata al ricorso al mercato e consentendo in deroga e solo a determinate e restrittive condizioni la gestione diretta con società *in-house*, pur considerata una legittima modalità di affidamento da parte della Corte di Giustizia (*ex multis* sent. Teckal), ha fatto insorgere numerose Regioni che hanno censurato la normativa innanzi alla Corte Costituzionale, asserendo che l'art. 23-bis violerebbe tanto la normativa comunitaria (e quindi l'art. 117, comma 1 Cost.), quanto il riparto di competenze legislative per materia (di cui ai comma 2 dell'art. 117). La Corte, con sent. n. 325 del 17/11/2010 si è espressa rigettando le sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Sul versante dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale ha infatti affermato la piena compatibilità dell'imposta di preferenza per la gestione privata dei servizi pubblici locali in quanto "le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost."

La Corte ha però anche sancito esplicitamente che, proprio in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (o, secondo la terminologia dell'art. 106, comma 2, T.U.F.E., servizio di interesse economico generale), la normativa comunitaria ne "ammette" la gestione diretta (anche senza lo schermo

societario *in-house*) "nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 T.F.U.E.; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UEE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.).". In tale ipotesi tuttavia, precisava la Corte, "l'ordinamento comunitario, rispetto 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. [...] Da quanto precede, è dunque evidente che a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via d'eccezione e in alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò emanato una normativa che pone tale divieto (n.d.r. art. 35 l. n. 448/2001 e art. 14 d.l. n. 269/2003)". Precisa infine la Consulta che, tanto l'*in-house*, quanto l'affidamento diretto, costituiscono delle deroghe "alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica", l'esclusione delle quali, rafforzando la tutela della concorrenza, esclude ogni contrasto con la normativa comunitaria.

### Promozione o tutela della concorrenza?

Con tale decisione, in realtà, il Giudice delle leggi si è spinto ben oltre quanto statuito dalla Corte di Giustizia nelle sentenze pure dal medesimo citate. Nelle sentenze Stadt Halle e Sea la Corte di Giustizia si è infatti limitata ad affermare che "un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi."

La Corte Costituzionale, invece, ha interpretato l'espressione "regole di concorrenza" di cui all'art. 106, par. 2, T.F.U.E. come inclusiva "anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica", per cui ha statuito che, proprio in forza di tale norma, vi sarebbe a livello comunitario un favor per l'esternalizzazione del servizio pubblico, mentre la gestione diretta sarebbe una deroga, legittima, ma pur sempre tale, e solo nei limiti in cui l'Ente pubblico valuti le regole di concorrenza di ostacolo alla propria missione.

In realtà, questo favor non è mai stato espresso a livello comunitario. La Commissione, basandosi sull'art. 345 T.F.U.E. (ex articolo 295 del T.C.E.) - si veda Libro Bianco sui servizi di interesse generale, ma anche il Libro Verde sui partenariati pubblico privati - ha individuato un principio di neutralità per cui, per l'U.E. è del tutto

indifferente se un soggetto pubblico decida o meno di concludere un contratto (quale quello di concessione di servizio pubblico) con un soggetto terzo; l'interesse comunitario sopravviene soltanto nel momento in cui viene operata la scelta di stipulare tale tipo di contratto.

Ciò perché le "regole di concorrenza" cui fa riferimento l'art. 106, par. 2, T.F.U.E. sono i principi di parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità, proporzionalità e trasparenza, che non vengono lesi, e non entrano in gioco, fintanto che quel determinato mercato rimane chiuso perché l'Amministrazione non decide di esternalizzare il servizio. Infatti tutti i soggetti presenti sul mercato rimangono nella stessa posizione: non possono concorrere per l'affidamento di quel servizio che la P.A. ha deciso di gestire in proprio e quindi nessuno viene discriminato. Altra questione è la gestione di un servizio pubblico economico in regime di monopolio esclusivo della concorrenza (non per il mercato ma nel mercato); nel qual caso sì che, ai sensi dell'art. 106 T.F.U.E., l'istituzione della riserva dovrà essere giustificata dal rischio che una concorrenza nel mercato limiti in linea di diritto o di fatto la specifica missione dell'Ente. La questione, come vedremo, è di cruciale importanza e problematicità attuale.

Per quanto concerne la questione di costituzionalità dell'art. 23-bis con riferimento all'art. 117, comma 2, Cost., che ha ad oggetto il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, la Corte Costituzionale, nella medesima sentenza, ha riaffermato che la gestione dei servizi pubblici "va ricondotta, invece, nell'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, "tutela della concorrenza" [...] tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato" e ne ha confermato la legittimità.

Si è visto che la scelta in merito al "se" concludere un contratto di concessione di servizio pubblico con un terzo è riservata ai singoli ordinamenti nazionali. Coerentemente con tale impostazione v'è da chiedersi se tale scelta possa rientrare nella materia di competenza esclusiva dello Stato "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117, com-

ma 2, lett. e), dal momento che non rientra tra le "regole di concorrenza" imposte dall'ordinamento comunitario. Sicuramente delle norme che impongano agli Enti pubblici locali l'offerta della gestione dei propri servizi pubblici sul mercato promuovono la concorrenza tra le imprese private, ma, v'è da chiedersi, se la promozione della concorrenza possa rientrare nella "tutela della concorrenza".

La funzione di tutela dovrebbe infatti esplicarsi esclusivamente nel presidio garantista all'applicazione di determinate norme in una serie di ipotesi date, mentre nel concetto di promozione si rinvia un momento dinamico volto ad ampliare le ipotesi di applicazione di determinate norme. Conseguentemente anche la competenza esclusiva dello Stato a regolare la modalità di gestione pubblica o privata dei servizi pubblici di rilevanza economica potrebbe essere nuovamente messa in dubbio.

In realtà sulla questione la Corte Costituzionale si è già espressa con le sentt. del 2004 n. 14 e 272 laddove ha affermato che la tutela della concorrenza "non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad

instaurare assetti concorrenziali" (sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato."

### L'abrogazione referendaria del 23-bis

Come è noto, l'art. 23-bis è stato oggetto di integrale abrogazione, non limitatamente al servizio idrico, come è stato propagandato dai comitati promotori, in seguito al referendum del 12-13 giugno 2011.

Dopo neanche un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione referendaria, con il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 e ulteriormente modificato dal d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (c.d. decreto "salva Italia"), a sua volta convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, all'art. 4, rubricato "adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea", il Legislatore nazionale ha nuovamente regolamentato l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dettando una disciplina che, seppure parzialmente diversa da quella contenuta nell'art. 23-bis d.l. 112/2008, ne ricalca l'impostazione quanto a ratio liberalizzatrice e pro concorrenziale, non solo imponendo l'esternalizzazione dei servizi





pubblici di rilevanza economica, ma addirittura rendendo ancor più remote rispetto a prima le ipotesi eccezionali di affidamento diretto.

### La Corte ristabilisce il primato del risultato del referendum

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 199/2012, ha dichiarato incostituzionale la nuova normativa in quanto “viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall’art. 75 Cost. [...]” non potendo “ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso tra 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 alcun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”.

Si pone quindi il problema di ricostruire la disciplina attualmente in vigore, e, a tal fine, è necessario guardare alla sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato ammissibili i quesiti referendari n. 24/2011, la quale, tuttavia ricalca la criticata sent. n. 325/2010.

Infatti, nel ritenere ammissibile il quesito referendario volto all’integrale abrogazione dell’art. 23-bis la Consulta ha affermato che “nel caso in esame, all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte — sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 — sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio

di Stato); dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (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.”

Pertanto, stando all’interpretazione della Suprema Corte, attualmente sarebbero in vigore delle norme comunitarie per le quali sarebbe di regola necessario l’espletamento di procedure ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, mentre gli affidamenti diretti a società *in-house* dovrebbero costituire ipotesi derogatorie giustificabili soltanto dalla possibile compromissione della specifica missione dell’Ente qualora si volesse ricorrere al mercato. Le istituzioni comunitarie, di converso, non hanno mai interpretato le norme del Trattato in questo senso, ma hanno invece espressamente riconosciuto l’opposto principio di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese (art. 345 T.F.U.E. - ex art. 295 T.C.E.); se così fosse attualmente gli Enti locali sarebbero assolutamente liberi di scegliere se gestire i servizi pubblici economici in maniera sostanzialmente diretta, oppure ricorrere al mercato indicendo procedure competitive ad evidenza pubblica.

### Restano aperte le divergenze tra diritto comunitario e diritto costituzionale italiano

Tale divergenza, come si è accennato, si potrebbe ripercuotere anche sul riparto

interno delle competenze legislative Stato-Regioni, ma, quantomeno da questo punto di vista, è opportuno accettare l’interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale che si è espressa nel senso di ritenere che, comunque, le norme su “se” esternalizzare o meno la gestione di un servizio pubblico economico rientrano nella materia della “tutela della concorrenza” di cui all’art. 117, comma 2, lett. e), Cost.; quantomeno un punto fermo in una materia così instabile e incerta è necessario. Non si può però non sottolineare che, in tal caso, la materia della concorrenza potrebbe assumere portata differente nella Costituzione e nel diritto comunitario: limitata alle regole attuative dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, trasparenza e pubblicità nel secondo caso; più ampia e inclusiva delle norme sulla gestione pubblica o privata dei servizi pubblici economici nel primo caso.

A ben guardare tuttavia il problema italiano è quello più strettamente connesso agli effetti distortivi sul mercato creato dalle società “*in house*”, piuttosto che alla legittimità di tale scelta. E’ sotto gli occhi di tutti che il proliferare di società pubbliche che si occupano di ogni e qualsivoglia settore genera una situazione di disparità di trattamento; si veda ad esempio proprio il caso degli impianti di trattamento dei rifiuti. Alcuni di detti impianti sono stati finanziati con fondi (diretti) della collettività o — nella migliore delle ipotesi — con finanziamenti agevolati erogati da Cassa Depositi e Prestiti. Tra le voci tariffarie la componente “ammortamento” non prevede una remunerazione del capitale pari (oppure lontanamente equiparabile) agli investimenti privati. Si crea quindi un sistema asimmetrico: a fronte di operatori privati che investono capitale di rischio le aziende pubbliche sono evidentemente (e straordinariamente) avvantaggiate. La questione andrebbe risolta applicando correttamente le disposizioni sugli “aiuti di Stato”.

Ma questa è un’altra storia che contiamo di raccontare presto.

\*Avvocati in Roma