

La normativa sui servizi pubblici locali dopo

la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012

di Valentina Lepore

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

Tale normativa era stata adottata dal Governo al fine di colmare il vuoto normativo determinatosi a seguito del referendum popolare con il quale era stata sancita l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 - recante la precedente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - e di adeguare la normativa nazionale sia all'esito referendario che alla normativa europea. Tuttavia, nonostante l'intento del Governo, evidente anche nel titolo dell'impugnato art. 4, fosse quello di garantire l'«Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», in realtà, come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame, la norma censurata contiene una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis oltre che del suo regolamento di attuazione, DPR 168/2010.

Basti pensare, infatti, che tale norma 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 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13)

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 (come ribadito dalla Consulta *ex multis* nella sentenza n. 325 del 2010), 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.

Ciò fa sì che la nuova disciplina, in quanto in parte riproduttiva della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011, non possa ritenersi conforme alla volontà espressa attraverso la consultazione popolare e, pertanto, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 75 della Costituzione, da cui deriva il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, e di conseguenza abrogata dall'attuale ordinamento.

L'abrogazione della normativa generale sulla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica riapre il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina in materia lasciando ben intendere che tale percorso, iniziato con la legge 142 del 1990 ancora non è giunto a conclusione.

Appare opportuno ripercorrere, seppur brevemente, l'evoluzione della normativa *de quo*, caratterizzata da molteplici e continui interventi del legislatore che hanno determinato una stratificazione ed hanno prodotto una serie di norme tra loro profondamente diverse.

L'assetto originario è stato delineato dall'art. 22 della l. 142/1990, poi confluito negli artt. 112 e 113 del d.lgs. 267/2000 recante il testo unico per gli enti locali. L'art. 112 del testo unico afferma che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte alla realizzazione di fini sociali, nonché a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. L'art. 113, così come formulato originariamente, prevedeva, indipendentemente dalla rilevanza economica o meno dei servizi, la possibilità per gli enti locali sia di ricorrere alla gestione in economia sia di

affidare la gestione dei servizi pubblici locali in concessione anche a società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Successivamente l'art. 35 della l. 448 del 2001- la legge finanziaria per il 2002- ha radicalmente modificato la materia, riformando la disciplina contenuta nell'art. 113 ed introducendo l'art. 113 bis, provvedendo in tal modo a distinguere le formule da adottare per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale da quelle per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale. Tale riforma era stata resa necessaria al fine di assicurare l'apertura del mercato dei servizi pubblici di rilevanza industriale, ed il rispetto dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi e soprattutto della libera concorrenza; infatti, il novellato art. 113 affidava la gestione dei servizi di rilevanza industriale esclusivamente a società di capitali, abrogando la gestione in economia che restava invece possibile per i servizi pubblici privi di rilevanza industriale. Tuttavia, la nuova disciplina non assicurava un effettivo mercato concorrenziale dei servizi pubblici locali, in quanto non obbligava le amministrazioni a ricorrere alle gare per l'affidamento del servizio sia a privati contraenti che a società miste, ma tale procedura era posta in alternativa all'affidamento diretto.

La discordanza della normativa in materia con i principi comunitari ha creato i presupposti per l'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione comunitaria nel 2002, in seguito al quale si è avvertita la necessità di un ulteriore intervento di riforma con una nuova formulazione dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000 ad opera dell'art. 14 del d.l. 269/2003 e dell'art. 4 della l. 350/2003- legge finanziaria per il 2004-. Le norme su citate hanno provveduto *in primis* a sostituire il criterio della rilevanza industriale con quello della rilevanza economica; in secondo luogo a riformare le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, stabilendo che la titolarità dei servizi pubblici può essere conferita a società di capitali individuate attraverso gare ad evidenza pubblica, a società miste i cui soci privati siano scelti sulla base di procedure ad evidenza pubblica oppure a società con capitale interamente pubblico, purchè svolgano la parte più importante della loro attività proprio con l'ente pubblico titolare del capitale e quest'ultimo eserciti su di esse un controllo analogo alla gestione diretta. Si tratta di tre alternative, la cui scelta è rimessa totalmente all'autonomia dell'ente locale competente, fermo restando comunque, anche nel ricorso all'affidamento diretto o in house, il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e libera concorrenza.

È intervenuto successivamente l'art. 23- bis del d.l. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008 che ha eliminato l'alternatività tra le diverse forme di gestione, di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 prevedendo che l'affidamento diretto costituisce una deroga possibile quando vi

siano particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale che non consentono un efficace ricorso alle procedure ordinarie ad evidenza pubblica. Tale disciplina, a seguito della conferma della propria legittimità costituzionale ad opera della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale, è stata travolta dal referendum popolare del 11 e 12 giugno 2011.

All'esito di tale referendum popolare, infatti, con il D.P.R. 113 del 18 luglio 2011, si è proceduto all'abrogazione dell'intero art. 23 bis, inducendo il legislatore a un nuovo intervento normativo – l'art. 4 del d.l. 138/2011 – che ha tuttavia ripreso in larga parte la disciplina abrogata per via referendaria, sollevando dubbi di legittimità costituzionale confermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 199 del 2012.

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

L'abrogazione dell'articolo 4 va a travolgere tutte queste misure; si produce, pertanto, una carenza di disciplina in materia che impone all'interprete un'opera di ricostruzione della disciplina applicabile sia per gli affidamenti in corso sia per quelli futuri. In proposito, secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale – ribadito anche nella sentenza 24 del 2011 in cui il giudice costituzionale è stato chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario per l'abrogazione dell'art. 23 bis-, - è da escludersi che dall'abrogazione della normativa vigente possa conseguire una riviviscenza delle norme già in precedenza abrogate. Si assiste, invece, alla "proroga" dell'efficacia della normativa abrogata con riferimento agli affidamenti in corso

Infatti, l'abrogazione della norma ha evidentemente efficacia solo per il futuro, nel rispetto del principio generale del *tempus regit actum* . Pertanto, laddove le previsioni dell'art. 4 del d.l. 138/2011 abbiano già trovato applicazione esse non sono poste in discussione dall'abrogazione successiva; gli affidamenti in corso continuano fino alla scadenza naturale, secondo le regole vigenti al momento dell'affidamento. Solamente un intervento ad hoc del legislatore, nell'ambito di un ulteriore e necessario intervento legislativo, potrebbe produrre cessazioni anticipate rispetto alla scadenza naturale.

Per quanto concerne, invece, gli affidamenti che potrebbero avvenire in questa fase transitoria, la normativa applicabile, in assenza di un nuovo intervento del legislatore, è costituita dalle norme e dai principi generali desumibili dall'applicazione diretta del diritto dell'Unione europea. In proposito, infatti, occorre sottolineare che, secondo quanto assunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011, dall'abrogazione della normativa in materia di servizi pubblici deriva "l'applicazione immediata all'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica", e conseguentemente l'ammissione di "ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)". Pertanto, ad oggi, la normativa di riferimento per la gestione dei servizi pubblici è costituita dalla normativa comunitaria in materia - sicuramente meno restrittiva rispetto a quella oggetto di censura nella sentenza in esame - ed in particolare, dai principi di cui agli art. 106 e 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

L'articolo 106 dispone al comma 2 che "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione". Ciò significa che tale disposizione, da una parte, stabilisce che la presenza di interessi generali non implica in via generale la disapplicazione delle norme della concorrenza e i relativi principi - quali trasparenza, adeguata pubblicità, proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e mutuo riconoscimento - che, pertanto, devono trovare applicazione; dall'altra, consente agli Stati la possibilità di derogare a tali norme e principi nella misura in cui dall'applicazione degli stessi potrebbe derivare una compromissione della missione di interesse generale prospettando, pertanto, un ragionevole contemperamento tra la tutela dell'interesse generale rispetto ed il principio della concorrenza nel settore dei servizi.

Tale previsione ha trovato un riconoscimento normativo importante, per effetto del Trattato di Lisbona, nell'art. 14 del Trattato stesso. Tale norma dispone che "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei

trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”.

Si tratta di due norme che, in definitiva, consentono agli Stati membri di adottare con proprie normative interne le formule gestionali dei servizi di interesse generale a rilevanza economica ritenute più opportune. Pertanto, in assenza di una normativa nazionale che individui quali formule gestionali devono essere adottate, come nella situazione che si è venuta a verificare all'indomani dell'avvenuta abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, risultano consentite tutte le formule gestionali possibili ivi comprese la gestione pubblica diretta, vietata nel nostro ordinamento dalla legge finanziaria per il 2002, e l'affidamento in house, limitato dalla previgente normativa ai soli servizi il cui importo non sia superiore alla soglia di 200.000 euro, fermo restando il rispetto dei “paletti” comunitari (capitale interamente pubblico, criterio del controllo analogo e della prevalenza dell'attività, come ribadito dalla Corte di Giustizia in molteplici sentenze, tra le quali si annoverano le sentenze Teckal, C 107/1998, Brixen parking, C 458/2003, Truley, C- 174/2003, Stadt Hall, C. 26/2003 e Carbotermo, C- 340/04).

Con riferimento all'affidamento in house, si segnala che con il decreto sulla “*spending review*” - il d. l. 95 del 2012 convertito con la legge 135/2012 - il Governo ha riprodotto il divieto di procedere all'affidamento diretto alle società con capitale interamente pubblico di servizi di importo superiore alla soglia di 200.000 euro. Dal momento che tale norma è stata adottata in data precedente rispetto alla pronuncia della Corte Costituzionale - il decreto legge è del 6 luglio, laddove la sentenza risulta depositata in data 20 luglio – si pone il problema di stabilirne la compatibilità con quanto statuito dal giudice costituzionale e di conseguenza l'efficacia o meno. È evidente, infatti, che, per analogia, la norma contenuta nell'art. 4 del d.l. 95/2012, in quanto riproduttiva di una disposizione dichiarata successivamente costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, potrebbe essere considerata abrogata in maniera implicita per le analoghe considerazioni che hanno comportato l'illegittimità costituzionale della normativa sui servizi pubblici. Tuttavia, il fatto che tale norma sia stata confermata in sede di conversione del decreto legge, avvenuta successivamente alla pronuncia della Corte, evidenzia la volontà del legislatore di confermarne l'efficacia, con evidenti dubbi di legittimità costituzionale della disposizione stessa.

L'avvenuta abrogazione dell'art. 4 incide non solo sulle norme concernenti le modalità di gestione dei servizi pubblici, ma va a travolgere anche la disciplina delle società a partecipazione

pubblica locale, di cui ai commi 9-17 dell'art. 4, che prevedeva l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica e delle società in house al rispetto del patto di stabilità interno, nonché delle normative in materia di reclutamento del personale, di cui al d.lgs 165/2001, e di contratti pubblici, d.lgs. 163/2006. L'abrogazione di tali previsioni fa sì che mentre da una parte il Governo adotta nuove misure di razionalizzazione della spesa pubblica con il d.l. 95/2012, dall'altra parte si realizza una fuoriuscita dall'ambito di applicazione del patto di stabilità interno di molteplici soggetti a partecipazione pubblica, con evidenti conseguenze negative sul raggiungimento dell'obiettivo del contenimento della spesa pubblica.

Analogamente perdono efficacia, salvo nuovi interventi normativi, anche le disposizioni volte a disciplinare le cause di incompatibilità tra il ruolo di amministratore dell'ente locale interessato e quello di amministratore delle società che forniscono i servizi pubblici, nonché quelle contenenti il regime transitorio che imponevano in termini perentori molto ravvicinati la cessazione degli affidamenti *contra legem*. L'abrogazione di tale previsione comporta, pertanto, la sopravvivenza di affidamenti in corso illegittimi e contrari al quadro giuridico europeo; basti in tal senso pensare agli affidamenti in house in violazione dei paletti imposti dal diritto dell'Unione europea oppure agli affidamenti concessi a società pubblico-private in assenza di gara, per le quali il legislatore aveva disposto la cessazione entro il 31 dicembre 2012.

La sentenza della Consulta, a fronte delle considerazioni su riportate, riveste un ruolo particolarmente rilevante in quanto da una parte riporta *in auge* modelli gestionali che sembravano ormai superati, basti pensare alla gestione diretta e alla gestione tramite azienda speciale che era consentita solo per la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica; dall'altra l'effetto abrogativo della sentenza va ad innovare l'ordinamento modificando in maniera significativa la materia dei servizi pubblici. Infatti, nella misura in cui si rendono possibili tutte le forme gestionali, anche quelle che la previgente normativa aveva escluso in tutto o in parte per i servizi pubblici di rilevanza economica, in primo luogo viene meno la rilevanza della distinzione piuttosto "labile" ed opinabile tra servizi pubblici a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica dal momento che tale distinzione non comporta più l'applicazione di un distinto regime giuridico. In questo modo viene superata, seppure in via non risolutiva, la *vexata quaestio* sul significato di "rilevanza economica"; questione interpretativa molto controversa sia nella dottrina che nella giurisprudenza e che era stata risolta in maniera diversa dal Consiglio di Stato (sentenza n. 6529 del 10 settembre 2010, Sezione V) e dalla Corte costituzionale (ex multis sentenza n. 325 del 2010).

In secondo luogo, si attribuisce piena autonomia agli enti locali chiamati a scegliere, in qualità di vere e proprie Autorità di regolazione, le modalità di gestione dei servizi attraverso

l'esercizio della propria potestà regolamentare. Infatti, gli enti locali, *rebus sic stanti bus*, al fine di gestire un servizio pubblico di rilevanza economica potrebbero ricorrere alle seguenti formule: alla gestione concorrenziale di cui all'art. 4, commi 1-7; alla gestione in esclusiva a società private scelte a seguito dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica; a società miste pubbliche-private individuate a seguito di gare a cd "doppio oggetto"; a società con capitale interamente pubblico purché ricorrano le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario; alla gestione diretta o alla gestione tramite azienda pubblica.

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

Sicuramente la situazione di vacanza normativa e, di conseguenza, l'applicazione della normativa comunitaria avrà una breve durata in quanto è prevedibile che vi sarà un nuovo intervento normativo con i consueti strumenti della decretazione d'urgenza con i quali il Governo tornerà nuovamente a disciplinare il settore dei servizi pubblici locali. Pertanto, l'evoluzione normativa in materia, frutto dell'influenza del diritto comunitario sull'ordinamento nazionale, ancora non può dirsi completato; si resta in attesa di quello che, si auspica, potrebbe essere l'ultimo tassello del lungo percorso di stratificazione della normativa dei servizi pubblici locali.

Si tratta ora di attendere e di verificare in quale direzione si muoverà il legislatore, a fronte della bocciatura dell'ultimo intervento di riforma, e in che modo avverrà l'adeguamento sia alla volontà referendaria sia all'ordinamento comunitario, fermo restando che la normativa comunitaria, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri i quali possono stabilire o meno regole più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea come accaduto nelle previgenti discipline.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- Bonura Harald, *I servizi pubblici locali nell'era delle liberalizzazioni, tra regime delle attività e forme di gestione*, 2012;
- Bonura Harald, *La disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Guida 2012 per le autonomie locali*, a cura di Vincenzo Antonelli, Ebron D'Aristotile, Carlo Paolini, Cel Editrice;
- Bonura Harald, Cassano Massimo, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica : percorsi e disciplina generale*, Giappichelli, 2011;
- Caringella Francesco, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2011;
- De Vincenti Claudio e Adriana Vigneri, *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica*, in www.atrid-online.it, aprile 2012;
- Garofoli Roberto, Giulia Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto Editore, 2011;
- Moliterni Alfredo, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, in www.treccani.it, 26/05/2011;
- Piperata Giuseppe, *La "manovra di agosto". La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, 2012;
- Secondo Roberto, Viviani Claudio, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, 2012;
- Staiano Sandro, *I servizi locali nel decreto legge 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it, n. 16 del 24/08/2011.