

## La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative

*Antonella Azzariti*

### *Sommario*

*1. Il quadro normativo di riferimento – 2. Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012 – 3. Modelli gestori ammissibili – 4. Spunti emergenti dalle discipline di settore.*

### **1. Il quadro normativo di riferimento**

Attesa la complessità dei mutamenti in atto nella materia dei servizi pubblici di rilievo economico, sembra opportuno premettere all'analisi dell'attuale assetto della disciplina una breve ricostruzione del quadro normativo in cui interviene la pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 e della disciplina "di risulta" che ne è conseguita. È noto, infatti, che, a fronte dell'originaria disciplina dettata dall'art. 113 del d.lgs. 267/2000 (TUEL), nell'ultimo quadriennio il legislatore ha attuato un complesso processo di riforma, incentrato sull'introduzione e generalizzazione del principio di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici a rilievo economico e sull'apertura dei mercati di riferimento, avviato con l'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, conv. in legge 133/2008 e con il relativo regolamento attuativo, d.P.R. 168/2010 e proseguito, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* per effetto del referendum del giugno 2011, e della caducazione della disciplina regolamentare, con l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito con modificazioni in legge 148/2011 s.m.i., poi modificato dalla Legge di Stabilità per il 2012 – art. 9 della legge 183/2011 – e dall'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, noto come "Decreto Liberalizzazioni", che, attraverso l'art. 3-*bis*, ha introdotto ulteriori disposizioni concernen-

ti l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici c.d. a rete, i vincoli e limiti per le società *in house* ed aziende speciali, nonché le modalità di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti<sup>1</sup>.

Come è noto, la disciplina resa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, pur espungendo dal proprio ambito applicativo il servizio idrico in ossequio all'esito referendario, ricalcava quasi integralmente la disciplina resa nel previgente art. 23-*bis*, per di più generalizzando il principio di liberalizzazione ed introducendo una serie di obblighi procedurali, in capo ad enti locali o, per i servizi a rete, enti operanti a livello di ambito, volti a verificare la possibilità di ricorso al mercato (art. 4, commi 1-5).

Soltanto in caso di esito negativo di tale verifica, era possibile ricorrere al regime di esclusiva, attraverso le modalità alternative dell'affidamento a società di capitali integralmente privata, a società miste, con un limite del 40% di quote societarie imposto in capo al socio privato, ovvero a società *in house providing*, per il cui utilizzo, oltre al rispetto dei noti criteri comunitari del totale capitale pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente, venivano introdotte precise soglie di valore economico, riferite al servizio complessivamente considerato (art. 4, commi 8-15).

La scelta legislativa di disciplinare in modo così puntuale e dettagliato le modalità di affidamento dei servizi di rilievo economico, basata sul presupposto della loro riconducibilità alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., sebbene ritenuta legittima dalla Consulta – nelle pronunce 24/2011 e 325/2010<sup>2</sup> – sotto il profilo della possibilità di introduzione di regole concorrenziali più rigorose rispetto al nucleo minimo prescritto dal diritto comunitario, ha suscitato, già

---

(1) Art. 4 del d.l. 138/2011, conv. in legge 148/2011 s.m.i., in G.U. n. 216/2011. La letteratura riguardante le riforme degli ultimi anni è ampia: *ex multis*, si vedano: A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, Paper di Astrid, aprile 2012; B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. m. 135/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 3, p. 257; R. DE NICOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 10, p. 1109.

(2) Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325; Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, punto 4.2.1.

all'indomani dell'entrata in vigore della norma, molteplici dubbi di costituzionalità sotto il profilo della lesione del vincolo referendario *ex art. 75 Cost.* e dei canoni di autarchia ed autodeterminazione degli enti locali *ex artt. 5, 114 e 118 Cost.*<sup>3</sup>.

In tale contesto regolatorio, già di per sé instabile e di difficile attuazione pratica<sup>4</sup>, la pronuncia 199/2012 della Consulta interviene sancendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione dell'art. 75 Cost., sul presupposto principale dell'identità della disciplina così reintrodotta quanto a principi ispiratori ed a contenuti normativi essenziali rispetto a quella preesistente.

Per quanto concerne la normativa c.d. "di risulta", a livello di disciplina generale continuano a trovare applicazione le richiamate disposizioni introdotte nell'art. 3-*bis* dall'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, sulle quali ci si soffermerà più diffusamente in seguito.

Inoltre, in base ai principi affermati dalla sentenza 24/2011 della Corte costituzionale in sede di valutazione dell'ammissibilità del quesito referendario relativo all'art. 23-*bis*, va ritenuto che dall'abrogazione referendaria di tale norma derivi, oltre all'applicazione immediata della disciplina comunitaria, la caducazione del d.P.R. 168/2010 e la non reviviscenza delle disposizioni da esso abrogate.

Per effetto di tale statuizione, continuano a non trovare applicazione nell'ordinamento attuale, con riferimento alla disciplina generale, le disposizioni di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, commi 5, 5-*bis*, 6, 7, 8, 9, 14, 15-*bis*, *ter* e *quater*, e, con riferimento alla normativa di

---

(3) A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Aic*, 2011, n. 3; G. CAIA, *Modi di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Diritto Amministrativo dell'Economia*, Libro dell'anno del Diritto 2012, Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani, p. 321; L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum e il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 906 ss.

(4) Ben evidenzia le difficoltà applicative degli obblighi posti in capo agli enti locali dall'art. 4 del d.l. 138/2011 S. COLOMBARI, *I servizi pubblici locali dopo il referendum, le manovre estive e la legge di stabilità: il quadro normativo ed i rapporti con le normative di settore nella materia dei rifiuti*, atti del Convegno "La gestione dei rifiuti tra normativa di settore e nuova disciplina dei servizi pubblici locali", Celano (AQ), 14 dicembre 2011.

settore, le disposizioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato e gestione rifiuti dettate dagli artt. 150 e 202, comma 1, del d.lgs. 152/2006 s.m.i.

Diversamente, continuano ad applicarsi le disposizioni rese nell'art. 113, commi 2, 3, 8, 5-ter, 6, 9 e 11 del TUEL, non risultanti abrogate né per effetto dell'art. 23-bis né del successivo art. 4, che riguardano: *a*) proprietà pubblica delle reti; *b*) diritto di accesso alle reti e ai beni strumentali al servizio, nel caso di pluralità di gestori; *c*) possibilità di gare multiservizi; *d*) rilevanza pubblica dei contratti del gestore e loro affidamento a mezzo di procedure ad evidenza; *e*) clausola di reciprocità; *g*) regime delle reti a fine gestione; *b*) necessità del contratto di servizio; *i*) divieto di partecipazione a gare per gli affidatari diretti; *l*) regime differenziato per le società quotate in borsa<sup>5</sup>.

Per quanto concerne, invece, il quadro normativo settoriale, non è in discussione la vigenza delle discipline di settore su cui non incidevano gli artt. 23-bis e 4 – il gas naturale, l'erogazione di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali – mentre, con riferimento ai settori prima ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 4, comma 34 del d.l. 138/2011 vanno considerate le loro originarie normative settoriali, eccezion fatta per le disposizioni formalmente abrogate – si pensi all'art. 202, comma 2 del d.lgs. 152/2006 s.m.i., per la gestione dei rifiuti, nonché a quelle in materia di trasporto pubblico locale, dettate dal Regolamento CE 1370/07 e dagli artt. 18 del d.lgs. 422/1997 e 61 della legge 99/2009.

Così ricostruito lo scenario normativo c.d. “di risulta”, bisogna poi tener conto di una serie di provvedimenti normativi, aventi un'incidenza, diretta o riflessa, sulla materia indagata.

In primo luogo, viene in considerazione l'art. 34, commi 13-16 del d.l. 179/2012, che interviene successivamente all'intervento della Consulta, prevedendo, in capo agli enti locali, un nucleo di obblighi preordinati all'affidamento dei servizi a rilievo economico.

---

(5) Secondo A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012* (versione provvisoria), dicembre 2012, in [www.astrionline.it](http://www.astrionline.it), tali disposizioni sono da ritenersi norme di principio per la materia in esame.

Inoltre, va valutata l'incidenza delle misure introdotte dall'art. 4 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, in materia di società pubbliche, nell'ambito del processo di razionalizzazione della spesa pubblica noto come *Spending Review*, e la loro possibile applicazione rispetto alle società che gestiscono servizi pubblici locali, nonché del recente d.l. 174/2012, conv. in legge 213/2012, che rafforza le funzioni di controllo esercitate dalla Corte dei conti sugli enti locali.

## ***2. Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte costituzionale 199/2012 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012***

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata in sede referendaria ex art. 75 Cost., la Corte pone una serie di canoni interpretativi sia in relazione ai caratteri e limiti della competenza legislativa esclusiva statale nella materia servizi pubblici locali di rilievo economico, sia in relazione agli spazi di competenza legislativa regionale residuale che agli ambiti di autonomia organizzativa degli enti locali.

Sul piano del diritto costituzionale, è stato evidenziato come, rispetto alla giurisprudenza precedente, vi sia un'esplicita affermazione del vincolo referendario discendente dall'art. 75 Cost., nei confronti del potere legislativo nonché del riconoscimento della legittimazione delle Regioni ad invocare tale norma in sede di giudizio di costituzionalità, sulla base della potenziale lesione delle loro attribuzioni costituzionalmente riconosciute<sup>6</sup>.

Innanzitutto, sulla scorta di quanto già affermato in precedenti pronunce<sup>7</sup>, viene statuito che il legislatore, entro il limite negativo del

---

(6) A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in bouse ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 18; S. LA PORTA, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum: brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Atc*, 2012, n. 4.

(7) Corte cost., sentenze 468/1990, 32/1993 e 33/1993, nelle quali viene inserita, come *obiter dictum*, la precisazione: "Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua". In dottrina, si richiamano, *ex multis*: M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005.

divieto di ripristino formale e sostanziale della normativa abrogata discendente dall'art. 75 Cost., conserva il potere di intervenire positivamente nella medesima materia, ferma restando la possibilità di esercizio del sindacato ordinario di legittimità costituzionale su di essa.

Per quanto concerne i limiti alla competenza legislativa esclusiva statale nella materia in oggetto, in primo luogo, viene ritenuta in contrasto con l'esito referendario e con quanto statuito nella sentenza 24/2011<sup>8</sup> la limitazione dell'affidamento diretto secondo la modalità *in house providing* mediante l'introduzione di soglie di valore economico, in quanto incompatibile con il diritto comunitario che consente, in via d'eccezione – qualora l'applicazione delle regole di concorrenza sia d'ostacolo alla “speciale missione” dell'ente pubblico ex art. 106 TFUE – la gestione diretta del servizio pubblico a mezzo del modello *in house*, nel rispetto della partecipazione pubblica totalitaria e dei criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente.

È noto, infatti, che la giurisprudenza comunitaria ricomprenda, nell'ambito del concetto di libertà di autorganizzazione dell'ente locale, la gestione diretta dei servizi di interesse generale, senza necessità di ricorso ad entità esterne, affermando la possibilità di esercizio anche in collaborazione con altre autorità pubbliche<sup>9</sup>.

In questo senso, la potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza esplicantesi nella disciplina delle forme organizzative dei servizi pubblici viene ricondotta entro limiti di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, sviluppando i principi già affermati nella sentenza 272/2004<sup>10</sup>.

---

(8) In base alla sentenza 24/2011, la *ratio* del quesito referendario risiedeva proprio “Nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, ex articolo 23-bis, che limitavano le ipotesi di affidamento diretto e segnatamente *in house* per tutti i servizi di rilevanza economica”.

(9) Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, 9 giugno 2009, n. C-480/06 in [www.diritto-deiserviziubblici.it](http://www.diritto-deiserviziubblici.it).

(10) Sul principio di proporzionalità: *ex multis*, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *GdA*, 2006, p. 1107 ss.

Ne discende che l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi non possa essere intesa come un obiettivo imposto all'ente locale, da perseguire, come era nell'impianto dell'art. 4 del d.l. 138/2011, mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole, ma vada letta come uno strumento del quale gli enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica di perseguimento di un regime di concorrenza effettiva<sup>11</sup>.

Il principio è espresso ancor più chiaramente nella coeva pronuncia 200/2012, ove, in relazione all'art. 3 del d.l. 138/2011, introduttivo di misure di liberalizzazione di vario tipo, viene affermato che la competenza del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza non debba tradursi in una regolamentazione delle attività economiche eccessivamente intrusiva e sproporzionata rispetto alla tutela di altri beni costituzionalmente protetti.

La liberalizzazione delle attività economiche, in quanto strumento di promozione della concorrenza, viene letta come disposizione di principio, tale da richiedere "ulteriori sviluppi normativi sia da parte del legislatore statale che da parte del legislatore regionale, nei propri rispettivi ambiti di competenza".

Infine, sullo sfondo dei principi interpretativi enunciati dal giudice costituzionale, sembra esservi un richiamo al principio di sussidiarietà espresso nell'art. 118 Cost., inteso sia nell'accezione c.d. "verticale", dovuta all'esigenza di rispettare le funzioni amministrative attribuite ai livelli istituzionali più vicini alle comunità locali, sia nell'accezione "orizzontale", nel senso del coinvolgimento, ove possibile, di operatori economici privati da parte dei soggetti pubblici<sup>12</sup>.

In secondo luogo, per quanto riguarda le competenze regionali, il

---

(11) Tale caratteristica era stata già colta, in chiave critica, in dottrina. Sul punto: G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *GdA*, 2012, 1, p. 27.

(12) Effettua un implicito richiamo al principio B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in *www.astrid-online.it*. In giurisprudenza, un espresso richiamo ad esso si rinviene in Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20.

Giudice delle Leggi sancisce il divieto di tipizzazione legislativa statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, escludendo del tutto le Regioni.

In tal modo, come già affermato nella precedente pronuncia 272/2004, viene ritenuto che la potestà legislativa statale in materia di “tutela della concorrenza”, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., non potesse tradursi in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale, poiché, trattandosi di una “materia trasversale”, la stessa va ad intrecciarsi con una pluralità di interessi, alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza, concorrente o residuale, delle Regioni.

Nell'odierna sentenza, viene altresì affermata la potenziale lesione, ad opera dell'art. 4 del d.l. 138/2011 in conseguenza della violazione dell'art. 75 Cost., degli spazi di competenza legislativa residuale regionale.

È noto, infatti, che né la disciplina resa nell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 né quella successivamente espressa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, nella versione originaria, facevano riferimento alle competenze regionali.

A tale proposito, autorevoli voci dottrinali avevano richiamato l'attenzione sul ruolo dei legislatori regionali nelle scelte organizzative in materia di servizi pubblici locali di rilievo economico, oggi esplicitamente affermato dalla Corte costituzionale, sottolineando l'importanza di forme di collaborazione ed interazione tra le autorità centrali, regionali e locali nelle scelte allocative e di programmazione dei servizi<sup>13</sup>.

Sul punto, la richiamata disposizione resa nell'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011 che introduce il principio di organizzazione a livello sovraumunale dei servizi pubblici a rete in ambiti territoriali ottimali, rimettendo alle Regioni competenze organizzative dei servizi e di delimitazione degli ambiti, assume un rilievo primario nel riconoscimento del loro ruolo e nell'indicazione delle relative linee di indirizzo.

---

(13) G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in Astrid, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di A. VIGNERI, C. DE VINCENTI; sul punto, altresì, L. CAVALLO, *Analisi normativa ed assetti di mercato: configurazione dei soggetti di governo e dei soggetti di regolazione*, in C. DE VINCENTI (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Rimini, 2012, p. 249.

Le previsioni in essa contenute andranno, tuttavia, poste in rapporto con la legislazione di settore già prevedente l'organizzazione per ambiti per molteplici servizi, quali il gas, i servizi idrici, i servizi afferenti il ciclo dei rifiuti ed i trasporti, che, allo stato attuale, è interessata, per alcune tipologie di servizi, da un profondo processo di riforma degli ATO, avviato con l'art. 2, comma 38, della legge 244/2007 (Finanziaria 2008), e proseguito con l'art. 1-*quinquies* della legge 42/2010 (c.d. Calderoli)<sup>14</sup>.

In attesa di ulteriori sviluppi a livello regionale, vanno mantenuti fermi i principi già acquisiti a livello settoriale, quali, in particolare, la necessità di separazione tra le funzioni di organizzazione e controllo dei servizi ed erogazione e gestione dei servizi ed il *favor* per l'affidamento con gara, peraltro reso esplicito nell'art. 3-*bis*.

In questo senso, vale la pena richiamare la sentenza 62/2012 della Consulta, relativa alla l.r. Puglia 11/2011 ove, in relazione alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato, viene statuito che la legge regionale debba limitarsi ad individuare l'ente o il soggetto che eserciti le competenze, già spettanti alle Autorità d'ambito, senza spingersi fino a prescrivere le forme di aggiudicazione e gestione del servizio, la cui individuazione debba avvenire comunque con gara<sup>15</sup>. Inoltre, appare rilevante la posizione espressa dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in relazione al disegno di legge n. 4240-B, modificativo del d.lgs. 152/2006 s.m.i., che, sia pur nel vigore dell'art. 4 del d.l. 138/2011<sup>16</sup>, stigmatizza, proprio per le possibili commistioni tra funzioni di indirizzo e gestorie, la disposizione prevedente, per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, la possibilità di aggregazione delle aziende a totale capitale pubblico al

---

(14) Per l'inquadramento della tematica dell'organizzazione a livello regionale dei servizi pubblici a rete e delle problematiche ad essa sottese, si rinvia a: A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 28. Sull'evoluzione della disciplina degli ATO, si rinvia al contributo di E.M. PALLI, in questo numero.

(15) Corte cost., 21 marzo 2012, n. 62, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

(16) Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Documento 12/110/CR09/c5 del 25 luglio 2012, contenente "Proposte emendative all'A.C. n. 4240-b – Modifiche al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e altre disposizioni in materia ambientale".

fine di costituire Autorità d'ambito e ottenere affidamenti in deroga al previgente art. 4 del d.l. 138/2011.

Infine, terzo profilo di incidenza della pronuncia 199/2012 è l'affermazione della necessità di rispetto, da parte del legislatore nazionale, della sfera di autonomia organizzativa degli enti locali nelle scelte organizzative preordinate all'affidamento dei servizi, in base agli artt. 5, 114 e 118 Cost.

Tale assunto, invero immanente nell'elaborazione dottrinale, sia anteriore che coeva alle riforme degli ultimi anni<sup>17</sup> che nel pensiero giurisprudenziale<sup>18</sup>, si basa sulla necessità di temperamento tra il rispetto delle regole concorrenziali di derivazione comunitaria ed i margini di autonomia organizzativa degli enti locali nelle loro sfere di competenza.

Come osservato in dottrina, per effetto della pronuncia della Corte costituzionale, l'affermazione dei principi comunitari volti all'instaurazione di un regime di concorrenza effettiva non può essere prescritta dall'esterno agli enti locali a cui compete la facoltà di scelta circa le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi, derivandone l'illegittimità costituzionale di vincoli e condizioni imposte in tal senso<sup>19</sup>.

L'assunto assume ancor più rilievo se letto in concomitanza con la disposizione espressa nell'art. 17 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, che annovera tra le funzioni fondamentali dei Comuni, *ex*

---

(17) Su cui, anteriormente alle recenti riforme, si veda, *ex multis*: F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. Econ.*, 2005, p. 239; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 747. Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 23-bis della legge 133/2008 e dell'art. 4 della legge 148/2011, si vedano, *ex multis*: A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 ed i successivi interventi legislativi*, cit.; G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(18) Già a partire da Consiglio di Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, ove si afferma che "la tutela comunitaria del mercato non interferisce sino a disconoscere ai singoli apparati istituzionali ogni margine di autonomia organizzativa nell'approntare la produzione e l'offerta dei servizi e delle prestazioni di rispettiva competenza".

(19) B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, cit.

art. 117, comma 2, lett. *p*) Cost., l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale e l'organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi.

Nel contesto interpretativo successivo alla sentenza 199/2012, si è immediatamente posto il problema del modo in cui esercitare la discrezionalità, o meglio "libertà responsabile"<sup>20</sup>, così rimessa agli enti locali nella scelta delle formule organizzatorie dei servizi di rilievo economico, richiamando l'attenzione sul generale rispetto delle regole di derivazione comunitaria, ma anche sui principi di efficacia, economicità ed efficienza e sul rispetto del generale obbligo di motivazione delle scelte effettuate dall'ente locale, in nome del principio di trasparenza.

Dunque, la disciplina introdotta dall'art. 34, commi 13-16 del d.l. 179/2012 rappresenta la prima risposta del legislatore ai *dicta* espressi dalla Consulta nella pronuncia 199/2012 .

La norma, al comma 13, impone all'ente affidante la redazione di un'apposita relazione, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2013, dando conto del rispetto dei parametri comunitari per la forma di gestione prescelta e della definizione di specifici obblighi di servizio pubblico, indicando eventualmente le compensazioni economiche.

Diversamente dalla delibera-quadro prevista dall'art. 23-*bis* e successivamente dall'art. 4 del d.l. 138/2011, non viene prescritto il percorso valutativo che l'ente locale debba osservare, richiedendosi esclusivamente l'indicazione delle ragioni di tale scelta, anche nella prospettiva dell'economicità della gestione, e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto europeo.

In primo luogo, va evidenziata la sussistenza di obblighi di servizio pubblico imposti al gestore e le eventuali compensazioni economiche

---

(20) ANCI, Note interpretative del 24 luglio 2012, *Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199* e del 14 giugno 2011, *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*.

attribuitegli, verificando se queste ultime possano integrare un aiuto di Stato, facendo sorgere, in quest'ultimo caso, un obbligo di notificazione alla Commissione UE in funzione del valore, della natura e delle caratteristiche delle stesse compensazioni.

In questo senso vanno richiamati i principi dettati nel cosiddetto “Pacchetto SIEG” in relazione all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato – art. 107, par. 1 TFUE – ed alle compensazioni economiche concesse per la prestazione di servizi di interesse economico generale, i cui contorni risultano già chiariti dal giudice comunitario (C. 24 luglio 2003, C-280/00)<sup>21</sup>.

In secondo luogo, alla luce del dato interpretativo e giurisprudenziale più recente, va ritenuto che l'ente locale debba verificare se vi siano margini di liberalizzazione del servizio, motivando eventualmente il mancato ricorso al mercato.

Così si è recentemente espressa l'AGCM, segnalando lo scarso grado di apertura di settori rilevanti, quali il trasporto pubblico locale e la gestione dei rifiuti, e la necessità di introdurre, ove possibile, misure di liberalizzazione di attività rientranti nella gestione di tali servizi<sup>22</sup>.

Anche il giudice contabile, intervenuto sul punto, ha posto l'accento sulla necessità di valutazione, da parte degli enti locali procedenti, delle possibilità di liberalizzazione di quei servizi che consentano una gestione pienamente concorrenziale, sia per effetto dell'evoluzione dei singoli mercati ovvero dell'evoluzione tecnologica di settore, sia motivando in base al crescente disfavore mostrato dal legislatore verso l'utilizzo dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali in nome di ragioni di contenimento della spesa pubblica<sup>23</sup>.

---

(21) Pacchetto SIEG, composto dai seguenti atti: Comunicazioni della Commissione 2012/C 8/02 e 2012/C 8/03; Commissione UE, Decisione del 20 dicembre 2011, cit.; Regolamento (UE) n. 360/2012 del 25 aprile 2012.

In giurisprudenza: Corte di Giustizia CE, 24 luglio 2003, C-280/00, nella quale vengono precisati i criteri cumulativi che devono ricorrere, affinché sia configurabile l'istituto della compensazione economica in luogo di sovvenzioni *sub specie* di aiuti di Stato.

(22) AGCM, Segnalazione in merito a “Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza - Anno 2013”.

(23) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, cit. Per quanto riguarda i provvedimenti volti alla razionalizzazione dell'utilizzo dello

Ad esempio, in relazione ai settori della gestione dei rifiuti e del trasporto pubblico locale, possono trarsi utili indicazioni dall'esperienza applicativa dell'AGCM, maturata nell'esercizio della funzione consultiva *ex artt. 23-bis* del d.l. 112/2008 e 4 del d.l. 138/2011.

Nel primo dei settori considerati, risulta pacificamente affermata la necessità di rispetto della gestione liberalizzata per le attività di trattamento e recupero dei rifiuti e per la gestione dei rifiuti speciali, nonché per la gestione degli impianti di smaltimento e/o recupero<sup>24</sup>. Del resto, tale orientamento è oggi positivamente espresso nel richiamato art. 25, comma 4 del d.l. Liberalizzazioni, che, incidendo sull'art. 202 del codice dell'ambiente, prevede che "la gestione integrata possa comprendere le attività di realizzazione e gestione degli impianti", consentendo così la restituzione al mercato liberalizzato di tali attività, nel rispetto delle linee programmatiche regionali in ordine alla loro localizzazione.

Diversamente, con riferimento al trasporto pubblico locale, l'AGCM evidenzia la concreta praticabilità del passaggio dal regime di esclusiva ad un regime autorizzatorio, mediante tariffe regolate, per segmenti o porzioni dei servizi di trasporto pubblico locale – ad esempio intercomunali interprovinciali – per i quali vi siano esigenze ambientali, di ordine pubblico e di sostenibilità ed autosufficienza economica del servizio tali da non precludere la possibile sovrapposizione di più operatori sullo stesso mercato<sup>25</sup>.

---

strumento societario ai fini del contenimento della spesa pubblica, ci si riferisce a: art. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007; art. 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010; artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, sul cui rapporto con la pronuncia 199/2012 della Consulta ci si soffermerà nel successivo paragrafo.

(24) Per il settore della gestione dei rifiuti, si richiamano le Segnalazioni: 15 settembre 2011-AS879, per le attività di trattamento e recupero; 29 marzo 2012-AS922, per i rifiuti speciali; 2 aprile 2012-AS927.

(25) Pareri: AS927 del 28 marzo 2012, in Boll. AGCM n. 13/2012; AS947 del 26 aprile 2012, in Boll. AGCM n. 24/2012. Sulle attuali problematiche del TPL, si rinvia a: A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro, e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); *ivi*, altresì, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e dopo il Decreto c.d. Spending Review (d.l. n. 95/2012)*.

Una volta effettuata la verifica in ordine alle possibilità di liberalizzazione del servizio, l'ente locale è tenuto ad indicare le ragioni della scelta della forma di affidamento – diretto, mediante procedura a evidenza pubblica, affidamento a società mista in cui il socio sia scelto con gara – dimostrando, in ciascuna ipotesi, le specifiche condizioni richieste dal diritto comunitario.

Le ragioni di tale scelta andranno motivate anche in termini di efficienza della gestione, economico-finanziaria, e della capacità di assicurare un'elevata qualità del servizio e degli investimenti a ciò necessari, tenuto altresì conto del rafforzamento dei controlli esercitati da parte della Corte dei conti in base a quanto previsto dall'art. 3 del recente d.l. 174/2012, nel testo convertito dalla legge 213/2012<sup>26</sup>.

Tanto precisato, si possono effettuare alcune considerazioni sui modelli gestori ammessi nell'attuale contesto normativo.

### **3. Modelli gestori ammissibili**

La caducazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 e l'affermata necessità di rispetto dell'adeguamento ai canoni discendenti dal diritto europeo nella scelta dei gestori dei servizi pubblici di rilievo economico, oggi positivamente enunciata dall'art. 34 del d.l. 179/2012, impongono all'ente locale il rigoroso rispetto dei principi interpretativi enunciati a livello comunitario e nazionale in relazione alle formule gestorie utilizzabili per tali tipologie di servizi.

Principalmente, dunque, il loro affidamento dovrà avvenire, a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, a favore di società di capitali interamente private o a società miste pubblico-private ovvero in via diretta a società rispondenti allo schema dell'*in house providing*, nel rispetto degli ormai noti elementi costitutivi di tali figure così come ricostruiti dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria ed interna<sup>27</sup>.

---

(26) Si veda sul punto, G. FARNETI, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2012, 11, p. 780.

(27) Per l'esame degli elementi costitutivi di tali modelli societari, sia consentito rinviare a A. AZZARITI, *I servizi pubblici di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e conferme della legge n. 148/2011*, in *IDF*, 2011, 3, p. 531 ss. Più compiutamente si veda il Quaderno *IDF* "Le Società a partecipazione pubblica degli enti territoriali", n. 2 del 2011.

In relazione alle società miste ed *in house providing*, vanno effettuate alcune precisazioni sugli elementi costitutivi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia, nonché analizzato il rapporto con le disposizioni in materia di contenimento della spesa pubblica – rese negli artt. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007, art. 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010 – e con gli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012 in materia di c.d. *Spending Review*.

In relazione alla formula organizzatoria della società mista, ferma restando la necessità di espletamento di una gara “a doppio oggetto” avente, al contempo, ad oggetto l’affidamento del servizio e la selezione del socio privato, va richiamata l’attenzione sulla latitudine dell’oggetto della gara, nel senso della possibile limitazione a segmenti o frazioni di servizi, nonché sul *quantum* di quote societarie da attribuire al socio privato a seguito della caducazione del limite posto dall’art. 4 del d.l. 138/2011.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza più recente ha chiarito che la conformità allo schema delineato impone l’affidamento al socio privato non di un qualunque compito operativo, bensì di ogni attività necessaria all’esecuzione dell’appalto e del servizio che sia suscettibile di rendere una utilità economica, da predeterminarsi nel bando di gara<sup>28</sup>. In relazione al *quantum* di quote spettanti al socio privato, a fronte dell’abrogazione dell’art. 4 del d.l. 138/2011, rappresenta un dato ormai acquisito nell’interpretazione giurisprudenziale che questi abbia natura di socio operativo o industriale, *sub specie* di socio d’opera, diverso dunque dalla figura del socio finanziatore, al quale vanno attribuiti compiti operativi relativi alla gestione del servizio e, a tal fine, deve essere dotato di adeguati requisiti tecnico-finanziari e strutturali e di adeguate competenze gestionali<sup>29</sup>.

---

(28) Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 10, con nota di A. GUERRIERI, *L’effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato*, p. 1068. In dottrina, da ultimo, sul modello della società mista: M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; A.M. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, Relazione presentata a Bologna, presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull’Amministrazione Pubblica, il 23 gennaio 2012.

(29) Già a partire da Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*,

Rilevante appare, inoltre, la disamina del rapporto tra l'utilizzo del modello della società mista e le richiamate disposizioni in materia di razionalizzazione della spesa pubblica, sotto il profilo della loro applicabilità nonché, eventualmente, della loro compatibilità con i principi espressi nella pronuncia 199/2012 .

È noto, infatti, che gli artt. 3, commi 27, 28, 29 della legge 244/2007 e 14, comma 32 del d.l. 78/2010, conv. in legge 122/2010, hanno introdotto disposizioni volte a restringere il mantenimento delle partecipazioni da parte degli enti locali e favorirne la dismissione da parte di Comuni demograficamente minori, prevedendo il divieto di costituzione di nuove società per Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, salva la possibilità di associazione con altri enti, in modo da superare tale soglia numerica, e la detenzione di una partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero di abitanti.

In particolare, l'art. 3, comma 27, stabilisce il divieto di costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assunzione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in esse, ferma restando la possibilità di costituzione di società che producono servizi di interesse generale.

Tali disposizioni, sulla scorta del pensiero giurisprudenziale e dottrinale sul punto, trovano applicazione con riferimento alle società che erogano servizi strumentali alle attività istituzionali degli enti locali.

Sul punto va principalmente richiamata la pronuncia della Corte costituzionale 326/2008 ove, in relazione alle disposizioni contenute nell'art. 13 del d.l. 223/2006, conv. in legge 248/2006, noto come "Decreto Bersani", viene chiarita la distinzione tra l'attività svolta da società a totale o parziale partecipazione pubblica a supporto delle funzioni amministrative dell'ente di riferimento e l'attività d'impresa, tra cui quella svolta da società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività<sup>30</sup>.

---

1998, 6, p. 1257, la giurisprudenza precisa che la posizione del socio privato nella società mista non si riduca all'apporto economico, ma si sostanzia in quella di socio imprenditore, che apporta *know-how* e svolge compiti operativi.

(30) Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326, in *GdA*, 2009, 1, p. 11, con nota di R. URSI, *La*

Sulla tematica si registrano altresì recenti interventi del giudice contabile resi nelle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo per il Veneto (n. 436 del 9 luglio 2012), per la Basilicata (n. 20 del 20 settembre 2012), e per la Lombardia (n. 506 del 27 novembre 2012)<sup>31</sup>. In tali pronunce viene da un lato affermata l'ammissibilità di costituzione di società miste volte all'erogazione di servizi pubblici locali, ascrivibili alla definizione *ex art. 3, comma 27 della legge 244/2007*, di società che erogano servizi di interesse generale, prescindendo così dai limiti demografici della popolazione di riferimento posti dal successivo art. 14, comma 32 del d.l. 178/2010, sulla base dell'assunto della effettuazione da parte del legislatore a monte della valutazione circa il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

Dall'altro, viene posto l'accento sulla necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata dello strumento societario per l'erogazione di servizi pubblici locali alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 199/2012, e dunque consentendo il ricorso ad esso secondo i principi del diritto europeo, richiamando tuttavia l'attenzione degli enti locali sull'esigenza di evitare fenomeni elusivi e moltiplicativi delle spese, in nome dei principi di efficacia, efficienza, economicità.

Diversamente, per quanto concerne il modello organizzativo *in house*, nel richiamare integralmente i noti principi affermati a livello comunitario in tema di controllo analogo ed attività prevalente<sup>32</sup>, va rilevato come la più recente giurisprudenza comunitaria ponga l'accento sulla

---

*Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del Decreto Bersani.* Tale aspetto è stato altresì chiarito da: Cons. Stato, V, 5 marzo 2010, n. 1282 e Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3766. In dottrina, si vedano, altresì: A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *GdA*, 2009, p. 894; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *GdA*, 2009, p. 1115.

(31) Reperibili in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

(32) A partire dal noto caso *Teckal*, Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107/98, in *Racc.*, I, p. 8121 fino alle successive, e note, pronunce: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle e Rpl Lochau*, in *Racc.*, I-1, punto 49; 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in *Racc.*, I-7287, punto 26; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, in *Racc.*, I-4137, punto 37; 19 aprile 2007, causa C-295/0, *Asemfo*, in *Racc.*, I-2999, punto 57; 17 luglio 2008, C-71/07, *Campoli*.

necessità di seguire un approccio “funzionale” nella ricostruzione dei requisiti integranti la formula organizzatoria *de qua*, anziché “dominica”, ossia basato su una accezione esclusivamente formale della governance pubblica, in nome dei principi di effettività e certezza del diritto<sup>33</sup>.

Da ultimo, si segnala la pronuncia della Sez. III, 29/11/12, C-183/11, nella quale il giudice comunitario è tornato a puntualizzare i caratteri che devono ricorrere affinché possa configurarsi il controllo analogo congiunto da parte di più autorità pubbliche, senza richiedere la sussistenza dell’esercizio individuale del controllo da parte di ciascuna di esse<sup>34</sup>.

In relazione alla disciplina nazionale delle società *in house*, va innanzitutto richiamata la disposizione espressa nell’art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012, che, tra le modifiche all’art. 3-bis del d.l. 138/2011, prevede l’assoggettamento al patto di stabilità interno nonché alle disposizioni in materia di assunzione di personale e acquisto di beni e servizi cui sono assoggettati gli enti affidanti.

Per inciso, va osservato che in dottrina si registra una difformità di vedute in ordine alla possibile illegittimità costituzionale derivata della norma introdotta dall’art. 25 del d.l. 1/2012, per effetto della caducazione ad opera della sentenza 199/2012 della disposizione contenuta nell’art. 4 del d.l. 138/2011, che già conteneva siffatta disposizione<sup>35</sup>. Sul punto, ci si sente di condividere l’orientamento secondo cui la disposizione non introduca un limite tale da porsi in contrasto con la volontà referendaria, trattandosi di una disposizione connessa alla natura degli organismi *in house*, che operano al di fuori di un contesto di mercato ed in un rapporto di immedesimazione organica con l’en-

---

(33) Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel* e Sez. III, 10 settembre 2009, n. C-573/07, *Set.Co.*

(34) Corte di Giustizia, Sez. III, 29 novembre 2012, C-183/11, in [www.dirittoediserviziubblici.it](http://www.dirittoediserviziubblici.it).

(35) A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell’inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 2012, n. 18, contributo del 26 settembre 2012; *contra*, A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 51.

te, che genera una dipendenza finanziaria e funzionale nei confronti di quest'ultimo.

In secondo luogo, sia pur in un'ineliminabile prospettiva di sintesi, bisogna affrontare il rapporto tra le disposizioni contenute negli artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, noto come decreto sulla *Spending Review* e l'utilizzo delle società *in house* sulla scorta dei principi affermati nella pronuncia 199/2012.

L'art. 4 del decreto, al comma 1, prevede lo scioglimento, entro il 31 dicembre 2013, di società direttamente o indirettamente controllate da pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% del totale.

La predetta norma, per espresso disposto del comma 3, non si applica alle società che erogano servizi di interesse generale, tra le quali rientrano le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilievo economico. In tal senso, va dunque richiamata la distinzione sopraesposta tra società strumentali e società preposte all'erogazione di pubblici servizi locali a rilievo economico.

Maggiore dibattito interpretativo vi è in relazione al disposto del comma 8 di tale norma che, senza espungere dal proprio ambito applicativo le società di cui al comma 3, prevede, a decorrere dal 2014, che "l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui" facendo salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013.

Ci si chiede se la norma possa ricomprendere i servizi pubblici locali, dubitando conseguentemente della sua costituzionalità per effetto dell'analizzata sentenza 199/2012 della Consulta<sup>36</sup>.

---

(36) Nel senso dell'applicabilità della norma alle società che erogano servizi pubblici locali e dei conseguenti profili d'incostituzionalità: V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it).

Ad avviso del giudice contabile<sup>37</sup>, la disposizione non riguarderebbe i servizi pubblici locali, ma solo le società preposte all'acquisizione di beni e servizi strumentali all'attività amministrativa, incorrendo al contrario in censure di legittimità costituzionale.

Allo stato attuale, risultano proposti da parte di diverse Regioni ricorsi per l'illegittimità costituzionale della norma, alcuni dei quali invocano, quale parametro di costituzionalità, la violazione dell'art 75 Cost.<sup>38</sup>, dai quali potranno emergere risposte più chiare sul punto.

Inoltre, ci si è interrogati sulla applicabilità dell'art. 9 del decreto sulla *Spending Review* alle società di gestione dei servizi pubblici locali, atteso che la norma impone a Regioni, Province e Comuni di sopprimere o accorpare "enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica" che esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma 2, lett. *p*) della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118 della Costituzione.

Sotto questo profilo, si condivide la posizione espressa da quella dottrina secondo cui la norma non vada applicata alle società di gestione dei servizi pubblici locali in quanto queste ultime sono deputate all'erogazione di servizi e non all'esercizio di funzioni, da riconnettersi, eventualmente, alle attività d'indirizzo espletate dagli enti operanti a livello di ambito – *sub specie* di adozione di piani di investimento o determinazione delle tariffe – per le quali comunque continua ad applicarsi, in virtù del principio di specialità, l'art. 3-*bis* del d.l. 138/2011<sup>39</sup>.

---

(37) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, cit.

(38) Sul punto, S. LA PORTA. *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum: brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, cit., che riporta la notizia della proposizione di ricorsi di legittimità costituzionale da parte delle Regioni Lazio, 145/2012; Campania, 153/2012; Friuli-Venezia Giulia, 159/2012 e 160/2012 proposto dalla Regione autonoma Sardegna. I ricorsi che evocano la violazione dell'art. 75 Cost. sono quelli della Campania e della Sardegna.

(39) A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 37.

Prima di passare all'analisi delle problematiche riguardanti le discipline di settore, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni in relazione alle possibilità di utilizzo dell'azienda speciale per l'erogazione dei servizi pubblici locali a rilievo economico, su cui non si registra unanimità di vedute.

Come è noto, il modello organizzativo dell'azienda speciale è previsto dall'art. 114, comma 1 del TUEL che ne dà la definizione di "ente strumentale, dotato di personalità giuridica ed autonomia imprenditoriale", interpretato successivamente in giurisprudenza come ente pubblico economico strumentale<sup>40</sup>.

Su tale disposizione ha, peraltro, di recente inciso l'art. 25 del d.l. 1/2012, introducendo, nel comma 5-*bis*, l'assoggettamento dell'azienda speciale al patto di stabilità interno ed ai limiti assunzionali previsti per gli enti locali con popolazione superiore a 5.000 abitanti, nonché alle disposizioni del d.lgs. 163/2006 per l'acquisto di beni e servizi.

Ciò detto, all'indomani della consultazione referendaria, ci si è posti l'interrogativo della possibile applicazione di tale modulo gestionale in relazione al servizio idrico, a fronte della caducazione della normativa resa nell'art. 23-*bis*.

Ad avviso di una dottrina, non sarebbe ammissibile, in base alla legislazione vigente, la trasformazione di società di capitali, sia pur partecipate dall'ente locale, in aziende speciali per una serie di motivazioni tra cui, in particolare, l'impossibilità di procedere alla trasformazione di società di capitali in enti pubblici, in assenza di un'espressa disposizione di legge al riguardo e la volontà delle riforme intervenute negli ultimi anni di attribuire un ruolo marginale a tale modalità di gestione<sup>41</sup>.

Va tuttavia osservato che nella prassi si rinvergono casi di trasformazione di società a capitale pubblico in aziende speciali per la gestione del servizio in questione e, ad avviso di alcune voci interpretative, sa-

---

(40) Cass. civ., Sez. un., n. 7639/2008.

(41) Sul punto, si rinvia a: G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico ad aziende speciali*, in *Foro Amministrativo*, TAR, 2012, 2, p. 663.

rebbe ammissibile l'utilizzo di tale modello tra le forme di affidamento diretto a disposizione delle amministrazioni<sup>42</sup>.

Nello scenario conseguente alla pronuncia 199/2012, il problema può porsi anche per le altre tipologie di servizi a rilievo economico.

Sul punto, si possono formulare alcune ipotesi interpretative, sulla scorta dei dati emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale.

La Corte costituzionale, nella sentenza 325 del 2010, escludeva l'ammissibilità di tale formula organizzatoria alla luce delle modifiche apportate nel testo dell'art. 113, comma 5, TUEL ad opera dell'art. 35 della legge 448/2001, che introduceva l'obbligatorio ricorso alle tre forme societarie sopra analizzate, interamente private, miste o *in house*.

Tuttavia, a fronte della non reviviscenza delle disposizioni abrogate dal d.P.R. 168/2010, tra cui il richiamato art. 113, comma 5, tale interrogativo permane, atteso che la disposizione contenuta nell'art. 114 del TUEL è tuttora in vigore.

Ad avviso della scrivente, più che mettere in discussione l'astratta ammissibilità del modello nell'ordinamento attuale, bisogna riflettere sull'opportunità del ricorso ad esso in base a ragioni sistematiche di economicità, efficacia ed efficienza.

Sul punto, vale la pena di richiamare recenti deliberazioni della giurisprudenza contabile – l'una della Sezione regionale di controllo per la Liguria, relativa al servizio di refezione scolastica, e l'altra per la Sicilia, relativa al servizio di gestione dei rifiuti<sup>43</sup> – ove non si pone un limite all'utilizzo dell'azienda speciale per servizi aventi certamente rilievo economico, ma si analizza l'opportunità del ricorso ad essa in base a ragioni di economicità della gestione, attesa la sua diffusa tendenza nella prassi a generare perdite d'esercizio.

Ad ogni modo, si auspica che su tale aspetto vi siano risposte più chiare a livello normativo o nell'elaborazione giurisprudenziale.

---

(42) G. NICOLETTI, *Il rilancio dell'azienda Speciale: il "caso" di ARIN Napoli*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), del 5 settembre 2012. Si vedano, a tale proposito, le note dell'ANCI citate alla nota 20.

(43) Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Liguria, parere 9 agosto 2012, n. 91 e Sez. reg. contr. per la Regione Sicilia, 25 ottobre 2012, n. 326 in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

#### 4. *Spunti emergenti dalle discipline di settore*

La concreta applicazione delle formule organizzatorie utilizzabili per l'affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico, nell'attuale contesto normativo, andrà ovviamente compresa in rapporto con le singole discipline di settore, in base ai principi peculiari di ognuno di essi.

Non potendosi soffermare sull'analisi dell'attuale processo di riforma del servizio idrico e dei relativi profili tariffari<sup>44</sup>, si pensi, in via esemplificativa, alla gestione dei rifiuti ed al trasporto pubblico locale.

Con riferimento al primo settore, ferma restando la necessità di organizzazione a livello sovra comunale discendente dal più volte citato art. 3-*bis* del d.l. 138/2011, per le modalità di affidamento del servizio si dovrà fare riferimento alla disciplina resa nell'art. 202 del d.lgs. 152/2006, nel testo che residua dall'abrogazione del comma 2 e dalla modifica introdotta dal più volte citato art. 25 del Decreto Liberalizzazioni che dispone l'affidamento della "gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani ai sensi dell'art. 202 del d.lgs. 152/2006, nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica".

Ad avviso delle più recenti voci dottrinali, a fronte di quest'ultimo intervento modificativo, non sarebbe corretto parlare di un vuoto normativo in tale settore, essendovi una espressa disposizione di diritto interno, non interessata dalla pronuncia 199/2012, che funge da filtro per la diretta applicazione dei principi comunitari<sup>45</sup>.

In particolare, bisognerà porre attenzione alle motivazioni volte a giustificare il ricorso all'*in house providing*, modello più volte stigmatizzato in sede interpretativa e giurisprudenziale, atteso l'ampio, e molto spesso non virtuoso, ricorso ad esso per la gestione dei rifiuti nella prassi delle amministrazioni locali<sup>46</sup>.

---

(44) Per il cui stato dell'arte, si veda l'intervento del Presidente dell'AEEG nella Conferenza nazionale per l'erogazione dei servizi idrici, Milano, 3 dicembre 2012, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it).

(45) Così A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit.

(46) Sul punto, si vedano: AVCP, deliberazione n. 53 del 17 giugno 2009 avente ad

Per quanto riguarda invece il trasporto pubblico locale, il quadro normativo di settore presenta delle differenze in quanto, a fronte dell'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 18/2011, le modalità di affidamento del servizio sono dettate dal Reg. com. 1370/07, par. 5, che trova diretta applicazione negli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, anche in base al rinvio recettizio ad esso contenuto nell'art. 61 della legge 99/2009, successivo al d.lgs. 422/1997.

Per effetto di tale disposizione, è consentito alle autorità competenti all'aggiudicazione dei servizi di TPL di procedere ad affidamenti *in house* e ad affidamenti diretti, sotto la soglia individuata dal medesimo Regolamento, per il trasporto ferroviario e per i casi di pericolo d'interruzione del servizio.

Sembra da escludersi, invece, la possibilità di ricorso al modello dell'azienda speciale, in assenza di un'espressa volontà legislativa, atteso che l'art. 18, comma 3 del d.lgs. 422/1997 ha avviato un *iter* di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali ovvero in cooperative a responsabilità limitata<sup>47</sup>.

Le molteplici difformità riscontrabili nei settori considerati, oltre alle problematiche proprie del servizio idrico, inducono a riflettere sull'opportunità di introdurre interventi normativi settoriali, anziché di carattere generale e trasversale, diversamente dalla direzione in cui si è mosso il legislatore negli ultimi anni.

Tale aspetto è stato recentemente evidenziato dalla stessa AGCM, nella richiamata Segnalazione sulla Legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2013, ove si auspica l'adozione di interventi normativi settoriali, specie con riferimento a quei servizi di più ampia diffusione ed aventi maggiori spazi di apertura alla concorrenza.

---

oggetto "Indagine conoscitiva sul settore dei Servizi di Gestione Integrata dei rifiuti urbani"; più di recente, Rapporto IRPA, n. 1/2012, *Il capitalismo municipale*, giugno 2012, par. 2.3, "I molti casi di ricorso ingiustificato all'*in house*".

(47) Sul punto, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e dopo il decreto c.d. Spending Review (d.l. n. 95/2012)*, cit., pp. 9-10.