



**LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LE RAGIONI DELLA SUA  
ILLEGITTIMITÀ\***  
(COMMENTO A CORTE COST., SENT. N. 199 DEL 2012)

di

**Carlo Sabetta**

*(Dottorando in diritto pubblico dell'economia  
Università di Pisa)*

26 settembre 2012

**Sommario:** **1.** La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità - **2.** La ratio dell'art. 23 – bis... - **3.** (segue) ... e la ratio dell'art. 4 **4.** Gli ambiti territoriali ottimali. **5.** Il ruolo dell'AGCM. **6.** Conclusioni.

**1. La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità**

A mezzo di distinti ricorsi, alcune Regioni<sup>1</sup> hanno sollevato in via principale questioni di legittimità costituzionale inerenti disposizioni contenute nell'art. 4 del decreto legge n. 138 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 148 del medesimo anno. Le censure espresse, in larga parte coincidenti, sono riunite per essere definite tramite unica pronuncia.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Nello specifico Regioni Puglia (reg. ric. n. 124 del 2011), Lazio (reg. ric. n. 134 del 2011), Marche (reg. ric. n. 138 del 2011), Emilia-Romagna (reg. ric. n. 144 del 2011), Umbria (reg. ric. n. 147 del 2011) e la Regione autonoma della Sardegna (reg. ric. n. 160 del 2011)

Successivamente all'instaurazione del giudizio, sono tuttavia intervenute numerose modifiche al testo originario<sup>2</sup>, tali da circoscrivere maggiormente il perimetro di azione degli enti locali in merito alla possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti<sup>3</sup>.

Il contenuto prescrittivo delle disposizioni introdotte ha indotto la Consulta a ritenere che, in forza del principio di una effettiva tutela giurisdizionale, le censure originariamente formulate dovessero operare nei riguardi del contenuto dell'art. 4, così come novellato dagli interventi legislativi successivi.<sup>4</sup>

Preliminarmente occorre osservare come la Corte abbia ritenuto inammissibile per carenza di adeguata motivazione, una censura della Regione Puglia riguardante una pretesa violazione dell'art. 117 Cost.<sup>5</sup>, comma 1, per contrasto con gli art. 14 e 106 del TFUE e con l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dichiarato l'assorbimento di altri eventuali profili di violazione della Costituzione<sup>6</sup> in virtù dell'accoglimento della censura inerente il contrasto della norma impugnata con l'art. 75 Cost.

---

<sup>2</sup> In particolare per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera n), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera b), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese).

<sup>3</sup> Le disposizioni cui fa riferimento la Corte riguardano l'espressa previsione della prevalenza della normativa in questione sulle normative di settore (art. 4, comma 34), l'abbassamento sensibile della soglia relativa al valore del servizio al di sotto della quale non sarebbe stato più possibile ricorrere a un affidamento cd. In house, inizialmente prevista entro il limite di valore di 900.000 euro e successivamente ridotta a 200.000 (art. 4, comma 13), e sempre comunque previo un parere obbligatorio dell'AGCM che avrebbe dovuto pronunciarsi anche “ *in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*” (art. 4, comma 3) ad un singolo operatore a seguito di gara volta ad individuare il monopolista nell'erogazione di un dato servizio. Parimenti, in ottemperanza alla L. 131/2003, è stato previsto un potere sostitutivo del governo nei casi di inottemperanza alle disposizioni in questione (art. 4, comma 32-bis).

<sup>4</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 142 del 2012

<sup>5</sup> Il principio di riconoscimento di pluralismo delle fonti, ricavabile secondo il ricorrente dalle disposizioni sopra citate, in virtù del combinato disposto con il principio comunitario di neutralità degli assetti proprietari e delle forme giuridiche delle imprese ex art. 345 TFUE nonché con il principio di cd. “preemption”, il quale avrebbe effetto di precludere a livello nazionale l'adozione di discipline divergenti da quanto previsto a livello sovranazionale,

<sup>6</sup> La Regione puglia ha dedotto anche una violazione dell'art. 77 Cost., per mancato soddisfacimento dei requisiti di necessità e urgenza nel procedere a mezzo di decreto legge all'emanazione del d.l. n. 138 del 2011. Le Regioni tutte hanno invece impugnato l'art. 4 per il mancato rispetto di competenze tra Stato e Regioni quanto all'affidamento e alla disciplina dei servizi pubblici locali, per violazione degli artt. 5, 114, 117, 118 Cost., nonché degli artt. 3 e 4 dello statuto speciale per la Regione Sardegna. La Regione Marche ha altresì impugnato il comma 18 dello stesso art. 4, in quanto riservava allo statuto dell'ente locale, in luogo della Regione, la competenza a verificare il rispetto del contratto di servizio da parte del gestore, violando così la competenza regionale residuale in materia di SPL. La medesima impugnava il comma 21 della stessa disposizione, in quanto avrebbe invaso la competenza regionale in materia di ordinamento degli enti locali nel limitare i requisiti per la nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali. Le Regioni Umbria ed Emilia Romagna, censuravano invece anche l'art. 4, comma 14, poiché prevedeva l'assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno, con le stesse ragioni a mezzo delle quali la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 325 del 2010, riteneva costituzionalmente illegittima la stessa previsione inclusa nella normativa dell'abrogato art. 23 bis, art. 10, lett. A) del d.l. n. 112 del 2008.

L'Avvocatura generale dello Stato invece, oltre a sostenere come non siano mai stati precisati i limiti inerenti la preclusione della non riproponibilità di una disciplina abrogata, si è limitata a chiedere il rigetto per infondatezza delle censure sollevate in ordine alla violazione del riparto di competenze, in quanto sostanzialmente riproducibili questioni sulle quali la Corte si era già soffermata proprio nel giudizio di legittimità costituzionale instauratosi a seguito dell'adozione dell'art. 23 bis<sup>7</sup>

Tutte le ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 75 Cost., in quanto la norma impugnata avrebbe riprodotto non solo la disposizione che era stata oggetto di referendum nel Giugno 2011, ma anche altre originariamente contenute nel regolamento di delegificazione<sup>8</sup> e poi sostanzialmente trasfuse nella nuova disciplina a mezzo della sola fonte primaria.

Il parametro di legittimità dedotto dalle regioni ricorrenti non atteneva quindi direttamente ad una presunta lesione della sfera di competenza regionale<sup>9</sup>, in quanto riguardava piuttosto i vincoli all'azione del legislatore in merito alla riproposizione di una data disciplina a seguito di una abrogazione referendaria.

La Corte, conformemente ad alcune sue precedenti pronunce<sup>10</sup>, ha ritenuto che la violazione dell'art. 75 Cost., fosse potenzialmente idonea a determinare una lesione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e che pertanto, indicata la specifica competenza regionale che si assumeva violata, nonché le ragioni di tale lesione, fosse possibile evocare a mezzo di ricorso in via principale parametri di legittimità formalmente diversi dall'unico prescritto all'art. 127 Cost., a condizione che fosse fornita sufficiente motivazione<sup>11</sup> in ordine ai profili attraverso i quali la violazione dedotta potesse aver indirettamente inciso anche sul riparto di competenze.

L'abrogazione dell'art. 23 bis, determinata a mezzo della consultazione referendaria avrebbe infatti condotto ad una sorta di riespansione delle competenze regionali e locali<sup>12</sup>, nuovamente comprese a seguito dell'adozione dell'art. 4.

---

<sup>7</sup> Il riferimento è alla sentenza n. 325 del 2010

<sup>8</sup> Il riferimento è all'art. 23 – bis del d.l. n. 112 del 2008, come convertito dalla L. n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nonché al D.p.r. n. 168 del 2010, previsto dallo stesso art. 23 – bis, comma 10 della disposizione abrogata.

<sup>9</sup> Requisito previsto dalla stessa Carta all'art. 127 Cost., comma 2, ai fini della proposizione di un ricorso in via principale da parte della Regione interessata

<sup>10</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 303 del 2003, sentenze n. 22 e n. 80 del 2012

<sup>11</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 33 del 2011

<sup>12</sup> L'art. 23 bis infatti aveva limitato il ricorso agli affidamenti diretti alla sussistenza di precise condizioni, che seppur non restrittive come quelle contenute nell'art. 4, rendevano l'affidamento cd. in house una sorta di deroga alle ordinarie forme di gestione del servizio, laddove invece la disciplina previgente l'art. 23 bis, di cui all'art. 113, comma 5 del T.U. 267 del 2000 considerava l'affidamento diretto una delle possibili ed ordinarie forme di gestione. Nonostante l'esito referendario non potesse condurre a una reviviscenza delle norme di cui all'art. 113,

Precisa infatti la Corte che l'intento referendario consisteva proprio nell'escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis, limitanti le ipotesi di affidamento diretto, così da consentire l'applicazione della normativa comunitaria, più favorevole al ricorso agli affidamenti diretti<sup>13</sup>.

L'approvazione di una nuova disciplina, quale contenuta nell'art. 4, avrebbe esteso invece l'ambito di operatività della competenza esclusiva statale in tema di concorrenza prevedendo una normativa ancora più restrittiva di quella abrogata in tema di affidamenti della gestione dei SPL, così che, disattendere la volontà popolare avrebbe comportato l'ulteriore effetto di una potenziale lesione delle sfere di competenza degli enti locali minori.

L'art 4 infatti, contraddistinto secondo i Giudici dalla medesima *ratio* della disciplina abrogata<sup>14</sup>, non solo riproduce svariate disposizioni contenute nella normativa precedente, ma opera anche una ulteriore riduzione delle ipotesi di ricorso agli affidamenti in house, tanto da arrivare secondo i Giudici delle Leggi, a determinare una “ *automatica esclusione della possibilità di affidamenti diretti[.]a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria*<sup>15</sup>”

La conclusione quasi obbligata consiste pertanto nel ritenere che tale disciplina sia sostanzialmente coincidente con quella abrogata tramite referendum e che le uniche novità introdotte dall'art.4 attengano alla riduzione delle ipotesi di ricorso all'affidamento diretto dei SPL. Ne consegue che sia da ritenersi violato il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare espressa attraverso l'istituto di cui all'art. 75 Cost.

E spetta proprio ad un ordinario sindacato di legittimità costituzionale, la verifica del rispetto di quei limiti riguardanti il divieto di formale o sostanziale ripristino di una normativa abrogata dalla volontà popolare<sup>16</sup>, senza che tale limite possa ritenersi non violato da una eventuale scelta del legislatore di far rivivere la normativa solo in via transitoria<sup>17</sup>. Ripristino che in questo caso sarebbe provato dalla riproposizione di una nuova disciplina

---

l'applicazione dei principi comunitari avrebbe reso più agevole per l'ente locale ricorrere agli affidamenti in house.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 24 del 2011

<sup>14</sup> La prevista esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione dell'art. 4 non servirebbe a escludere l'identità della *ratio* ispiratrice, in quanto l'intento abrogativo espresso con il referendum avrebbe riguardato tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, da ciò discendendone che “*l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali non possa ritenersi soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare*”

<sup>16</sup> Il riferimento è a quanto precisato nella sentenza n. 9 del 1997, richiamata dalla stessa Corte nella pronuncia in esame

<sup>17</sup> Cfr. Corte Cost. n. 468 del 1990

della materia che non modifica “né i principi ispiratori della complessa disciplina normativa preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti”<sup>18</sup>

Non rimarrebbe comunque impedito al legislatore ordinario, anche a seguito della consultazione referendaria che ha condotto all’abrogazione della normativa, di intervenire nella materia oggetto di referendum<sup>19</sup>, ma il divieto di riproposizione delle norme abrogate non può essere aggirato, senza che si sia determinato, successivamente all’abrogazione, “alcun mutamento nè del quadro politico, nè delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto”.

In particolare, la Corte deduce la sussistenza di questo divieto di ripristino dalla circostanza del breve lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione dell’esito della consultazione referendaria e l’adozione della nuova normativa oggetto del giudizio, tale da “non giustificare mutamenti idonei a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata”, quasi introducendo una sorta di limite temporale idoneo a rappresentare un elemento prodromico alla verifica degli effettivi mutamenti che possano giustificare l’adozione di una nuova disciplina.

## **2. La ratio dell’ art. 23 – bis...**

In questa sede non si intendono affrontare i profili inerenti il complesso rapporto tra democrazia diretta e rappresentativa, quanto piuttosto tentare di dimostrare come l’impostazione adottata dalla normativa dichiarata illegittima fosse profondamente diversa da quella oggetto di consultazione referendaria.

Ribadita l’impossibilità di determinare una sorta di cristallizzazione dell’esito referendario, la Corte sembra innanzitutto ritenere sussistente un divieto di ripristino della normativa abrogata all’interno della medesima legislatura interessata dal voto referendario.<sup>20</sup>

Pur infatti nella perdurante incertezza circa i tratti del contesto politico temporale che giustificano il venir meno di eventuali vincoli all’azione del legislatore, i cambiamenti intervenuti nel quadro politico istituzionale, dalla prima versione del testo fino alle ultime modifiche che hanno interessato l’art. 4, non sono stati infatti considerati sufficienti a giustificare l’adozione di quella che, secondo la Corte, è una riproposizione illegittima della disciplina oggetto di abrogazione, nonostante sul testo originario sia intervenuto più volte un

---

<sup>18</sup> Cfr. Corte Cost n. 68 del 1978

<sup>19</sup> Cfr. Corte Cost. nn. 32 e 33 del 1993

<sup>20</sup> Su tale aspetto cfr. A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999

diverso Esecutivo, sostenuto da differente maggioranza parlamentare e in un quadro di perdurante incertezza economico – finanziaria.

La problematica attinente l'esatta individuazione di vincoli per il legislatore, non è però oggetto di trattazione, anche considerata l'assenza di precisi appigli costituzionali che possano spostare su un piano giuridico una questione più prettamente politica.

Analoga considerazione deve svolgersi in merito a qualunque indagine volta a comprendere il reale intento della volontà popolare che ha condotto all'esito referendario dal quale è conseguita l'abrogazione dell'art. 23 bis.

A tal proposito la Corte, richiamando la pronuncia n. 24 del 2011, sostiene come il referendum avesse inteso sopprimere l'obbligo di affidamento competitivo dei servizi, restituendo agli enti locali la possibilità di scelta tra più modalità, laddove invece l'art. 4 limitava fortemente tale possibilità a favore di una decisa apertura al mercato.

Ritenere che la volontà popolare volesse impedire la privatizzazione dei soggetti affidatari dei servizi - in particolare nel settore idrico -, difformemente da quanto sostenuto dalla Corte, condurrebbe ad affermare che non si sia trattato di illegittima reviviscenza delle norme abrogate, quanto piuttosto di legittimo esercizio del potere di intervento del legislatore, concretizzatosi in un intervento correttivo, volto a specificare la stessa volontà espressa dal corpo elettorale. Questo anche considerato come gli obiettivi di privatizzazione ed il servizio idrico siano rimasti esclusi dall'ambito di intervento della novella legislativa.

Tenuto comunque conto delle specifiche caratteristiche di un giudizio che assuma l'art. 75 Cost. come parametro di legittimità costituzionale e considerato anche che le Regioni avevano sollevato censure in ordine alla compressione indiretta delle proprie attribuzioni, l'operare un valutazione comparativa<sup>21</sup> tra la *ratio* della normativa abrogata e quella censurata dalle ricorrenti costituiva un passaggio obbligato.

Stupisce tuttavia che nel pronunciarsi sulle norme dedotte dagli enunciati testuali oggetto di giudizio, la Consulta non si sia neppure incidentalmente soffermata sulle rilevanti differenze tra la disciplina contenuta all'art. 23 bis e la normativa di cui all'art. 4.

Secondo i Giudici Costituzionali, se quindi da un lato il corpo elettorale ha inteso conferire agli enti locali la possibilità di ricorrere nuovamente agli affidamenti diretti senza più le limitazioni dell'art. 23 bis, l'art. 4 avrebbe avuto lo scopo ultimo di tornare a comprimere le competenze degli stessi prevedendo vincoli ancor più stringenti rispetto alla normativa

---

<sup>21</sup> Giudizio comparativo e connesse problematiche inerenti i limiti al divieto di ripristino della normativa abrogata che rappresentano gli aspetti più controversi del controllo successivo di legittimità di una norma censurata in virtù della presunta violazione dei vincoli derivanti dall'esito referendario. Sul tema cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 144 ss.

precedentemente abrogata, determinando di fatto una violazione della volontà popolare espressa a mezzo della consultazione referendaria.

Proprio l'aver circoscritto la possibilità di ricorrere agli affidamenti diretti avrebbe determinato quindi la coincidenza delle "ratio ispiratrici", e quella riproposizione di "principi ispiratori e contenuti essenziali" della materia idonei a determinare l'illegittima reviviscenza di disposizioni abrogate tramite referendum.

Il percorso logico – motivazionale seguito dalla Corte nel giungere alla propria conclusione non si spinge tuttavia oltre, se si esclude la sottolineatura di come la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 abbia riprodotto, non solo talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23 - bis del d.l. n. 112 del 2008<sup>22</sup>, ma anche la maggior parte di quelle incluse nel D.P.R. n. 168 del 2010<sup>23</sup>

I Giudici in realtà, conformemente alla giurisprudenza consolidatasi sin dalla pronuncia n. 272 del 2004, mostrano di ricondurre l'intero alveo della tematica dei SPL, principalmente alle modalità di affidamento del servizio, forse trascurando come, in questo caso, la vera *ratio* della riforma, nella sua interezza, possa essere ricavabile dal corpus delle disposizioni nel suo complesso.

A modesto avviso dello scrivente, la compressione delle competenze degli enti locali in merito alle modalità di affidamento è soltanto uno, ma non il più importante tra gli effetti che le disposizioni dichiarate illegittime avrebbero prodotto.

Tuttavia la Corte evita qualunque considerazione in merito ad un'effettiva violazione delle competenze degli enti territoriali minori<sup>24</sup>, e già che il passaggio risultava necessario, indaga sulla *ratio* della novella legislativa, terreno apparentemente meno insidioso, considerati i molto più vaghi e mai precisati criteri che sovrintendono l'attività legislativa a seguito di una abrogazione disposta a mezzo di consultazione referendaria.

L'operazione ermeneutica condotta non porta tuttavia a cogliere la profonda divergenza tra le due discipline, che in gran parte emergerebbe dalla sola analisi del dato testuale, in virtù della

---

<sup>22</sup> Viene reso l'esempio del comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 "recepito" in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio; del comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 che dettava una disciplina transitoria analoga a quella dettata dal comma 32 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011; così come del comma 10, lettera a), dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza n. 325 del 2010, sostanzialmente riprodotto dal comma 14 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011

<sup>23</sup> Il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, ad esempio, coinciderebbe letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis di cui al d.P.R. n. 168 del 2010, i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art. 3, comma 2, del medesimo regolamento, mentre i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento

<sup>24</sup> Tutte le censure promosse inerenti presunte violazioni nel riparto di competenze sono infatti state dichiarate assorbite. La Corte ha così potuto evitare di pronunciarsi nuovamente in merito all'ampiezza della materia di esclusiva competenza statale di tutela della concorrenza

possibilità di apprezzare in concreto aspetti contenuti nelle norme dichiarate illegittime e diretti al tentativo di realizzare per la prima volta una concorrenza *nel* mercato dei servizi pubblici locali.

Al fine di porre in risalto le notevoli differenze intercorrenti tra la disciplina recata dall'art. 23 bis e quella contenuta all'interno dell'art. 4, è necessario evidenziare sinteticamente alcuni punti chiave, che sarebbero tutti meritevoli in realtà di separata e più esaustiva trattazione.

Scopo del presente contributo non è pertanto prendere posizione a favore delle distinte concezioni esistenti in merito alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, quanto provare ad evidenziare come la conclusione cui è giunta la Corte, auspicabile o meno negli effetti, non sia probabilmente stata raggiunta evidenziando un percorso motivazionale condivisibile.

Nel modello previsto dall'art. 23 bis l'affidamento diretto *cd. in house* era contemplato come deroga alle modalità ordinarie<sup>25</sup>, ma i requisiti che avrebbero dovuto limitarne il ricorso si erano rivelati canoni indeterminati, nonostante il momento della scelta politica in merito alla possibilità di autoproduzione del servizio avrebbe dovuto essere comunque integrato da un'obbligatoria<sup>26</sup> richiesta di parere all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato.

Tuttavia, anche laddove gli enti locali non avessero continuato a ricorrere agli affidamenti diretti, la competizione si sarebbe svolta solo al fine di fornire l'erogazione del servizio in esclusiva, a seguito dell'aggiudicazione di una gara indetta dall'ente locale, volta a selezionare colui che sarebbe diventato unico affidatario, oppure socio con compiti operativi all'interno di una società mista.

Si tentava quindi di ridurre i casi di gestione in proprio degli enti locali prevedendo una qualche limitazione nel ricorso all'autoproduzione, ma la libera iniziativa economica privata era comunque compressa dalla scelta dell'Amministrazione, che evidentemente, prima di procedere alla gara per la scelta del socio privato, doveva già avere stabilito che in quel dato territorio vi era spazio per la gestione di un solo operatore in monopolio. La sola contendibilità da parte del privato del ruolo di socio o la gara per la scelta del soggetto affidatario (*cd. concorrenza per il mercato*) in esclusiva poteva quindi al limite rappresentare un aspetto definito come "*stimolo all'efficienza*" nell'erogazione di un pubblico servizio<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Quelle note a favore di soggetti imprenditori o società individuati attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, nonché a società miste a condizione che la scelta del socio privato prevedesse a questo l'attribuzione di compiti operativi e una partecipazione non inferiore al 40%

<sup>26</sup> Parere in realtà obbligatorio soltanto qualora la popolazione interessata dall'erogazione del servizio fosse stata superiore alle 50.000 unità. In caso contrario il valore annuo del servizio avrebbe dovuto essere superiore ai 200.000 euro.

<sup>27</sup> Cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione Italiana Professori Diritto Amministrativo, Relazione al Convegno Palermo, 4-5 Ottobre 2001, Milano 2002

L'introduzione di veri e propri obblighi di dismissione delle partecipazioni in società pubbliche<sup>28</sup>, avrebbe poi indotto a dover tener conto anche degli interessi del privato titolare di diritti di esclusiva, il quale è motivato a mantenerli, sfruttando quanto più possibile la posizione conseguita. Risulta pertanto evidente come la concorrenza effettiva non mostri similitudini con un sistema ove il confronto competitivo si risolve tutto nella gara. Il corpus di norme introdotto dall'art. 23 bis si prefiggeva infatti piuttosto una privatizzazione sostanziale, che notoriamente allontana e non avvicina la concorrenza *nel* mercato, soprattutto quando non sorretta contemporaneamente da norme che aprano effettivamente alla liberalizzazione.

Gli stessi sporadici richiami a nozioni che sembravano auspicare un sistema effettivamente concorrenziale, contenuti anche nel preambolo, più che aprire i servizi al mercato, sembravano avere la funzione di giustificare sul piano costituzionale l'intervento del legislatore statale, in vista dello scontato ricorso delle Regioni<sup>29</sup> alla Corte.

L'unica possibilità di una futura liberalizzazione era infatti rimessa all'adozione di un regolamento governativo<sup>30</sup>. Tralasciando ogni considerazione inerente l'inserimento di previsioni in tema di liberalizzazione all'interno di una fonte nella totale disponibilità del Governo, quale un regolamento delegato, si può osservare come l'art. 2 dello stesso si sia limitato in realtà a introdurre mere disposizioni di principio, prive della capacità di produrre un reale effetto nella direzione auspicata dalla fonte primaria.

Inoltre, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, la perdurante assenza di una definizione concreta di bacini territoriali ottimali, faceva mancare la reale possibilità di ravvisare localmente ulteriori ambiti rispetto a quei pochi che già di per sé avessero dimensioni di mercato rilevante.

### **3. ..e la ratio dell'art. 4.**

Differente discorso invece per ciò che riguarda l'art. 4, in quanto si individuava chiaramente nella liberalizzazione delle attività economiche e nella gestione concorrenziale dei servizi da

---

<sup>28</sup> Tra queste si ricordi ad esempio come la qualifica di socio operativo potesse essere assunta dal privato solo dietro cessione di una quota dell'azionariato pubblico non inferiore al 40%, mentre le società a partecipazione pubblica già quotate in borsa avrebbero visto cessare i loro affidamenti qualora la partecipazione azionaria da esse detenuta non si fosse ridotta entro termini e limiti determinati.

<sup>29</sup> Il contenzioso Stato – Regioni relative all'art. 23 bis si è concluso con la sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 2010, e a leggere le considerazioni in diritto di cui al n. 7 pare che l'impressione sia confermata.

<sup>30</sup> L'art. 23 bis, comma 10, lett. g) prevedeva che il successivo regolamento delegato avrebbe dovuto limitare, *“secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, I casi di gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale”*

parte di una pluralità di soggetti la realizzazione di una effettiva concorrenza *nel* mercato, e senza che le enunciazioni iniziali restassero mere statuizioni di principio.

Le gestioni in esclusiva continuavano a richiedere la gara per la scelta del soggetto affidatario in alternativa alla costituzione di una società mista attraverso unica gara a doppio oggetto<sup>31</sup>, ma il ricorso a tale modalità era stato reso residuale.

L'ente di governo avrebbe infatti dovuto previamente procedere a verifica di mercato, sottoposta al parere dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, e indire una gara per l'individuazione del titolare dei diritti di esclusiva solo qualora non fosse emersa la realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio o di singole fasi dello stesso.

Restava poi contemporaneamente circoscritta la possibilità di ricorrere all'*in house*, a mezzo della previsione di soglie economiche – di valore del servizio<sup>32</sup> - di importo limitato, oltre le quali era del tutto preclusa l'erogazione del servizio in autoproduzione.

#### **4. Gli ambiti territoriali ottimali.**

La diversità del fondamento giustificativo che è alla base dell'adozione dell'art. 4, viene tuttavia in evidenza facendo riferimento anche ad altre regole ascritte alla materia, che giocano l'importante ruolo di precisare e dare effettività a quanto già previsto nella normativa disciplinante gli affidamenti.

Tali regole infatti pongono le condizioni preliminari alla realizzazione dell'effetto perseguito direttamente dalla norma dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale.

Si pensi alla necessaria costituzione di un mercato rilevante, che, seppur reso difficoltoso dalla frammentazione delle gestioni esistenti, resta elemento imprescindibile per l'introduzione di una concorrenza effettiva.

Tale aspetto nell'art. 23 bis e nel regolamento delegato veniva tuttavia affrontato contemplando solo una *possibilità* di definire bacini di gara che potessero creare economie di scala tali da raggiungere dimensioni minime sufficienti a dar vita ad un mercato dotato di caratteristiche idonee a permettere il confronto competitivo tra operatori anche sul mercato dei prodotti e dei servizi.

Alquanto diverso invece introdurre una prescrizione rigorosa a mezzo della quale prevedere che l'organizzazione del servizio avvenisse «di norma» per ambiti o bacini ottimali di

---

<sup>31</sup> Art. 4, comma 11 e comma 12

<sup>32</sup> Non superiore a 200.000 euro nell'ultima versione dell'art.4, comma 13

dimensione non inferiore a quella del territorio provinciale e che ciò dovesse essere realizzato entro un termine stabilito<sup>33</sup>.

## **5. Il ruolo dell' Autorità garante per la concorrenza e il mercato**

Si è già menzionata la competenza dell'AGCM in merito all'espressione del parere obbligatorio sulle verifiche di mercato tramite le quali gli enti locali avrebbero dovuto accertare od escludere la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi locali di rilevanza economica.

In caso di esito positivo, le relative attività sarebbero state liberalizzate compatibilmente con la realizzazione della missione propria di ciascun servizio. Soltanto nel caso in cui l'iniziativa economica privata, in base ad un'analisi di mercato, si fosse quindi rivelata inidonea a soddisfare i bisogni della collettività<sup>34</sup>, l'ente avrebbe potuto conferire diritti di esclusiva al soggetto affidatario.

Il parere, obbligatorio, non vincolante e rilasciato *ex ante* rivestiva quindi funzione prettamente regolatoria ed era contemplato sia nella normativa recentemente abrogata che in quella prevista dall'art. 23 bis.

Non può tuttavia sfuggire la differente portata dell'istituto all'interno delle due discipline.

Nella normativa più risalente, il parere dell'Antitrust era infatti finalizzato a dare concretezza al già menzionato *favor* legislativo per la privatizzazione del soggetto erogatore dei SPL<sup>35</sup>, arginando il ricorso agli affidamenti in house, laddove invece nella normativa recentemente ritenuta illegittima l'ente competente avrebbe dovuto procedere ad una verifica inerente l'impossibilità di procedere a una liberalizzazione, anche solo per giustificare un affidamento in esclusiva tramite gara.

Pur con la dovuta attenzione al rispetto delle scadenze procedurali<sup>36</sup> in entrambi i casi il parere del regolatore indipendente avrebbe al più costituito una presunzione circa la bontà dell'esito cui era pervenuto l'ente di governo locale, superabile quindi in sede di giudizio amministrativo.

---

<sup>33</sup> Il d.l. n. 1 del 2012, art. 25, comma 1, ha inserito nella legge n. 148/2011 il comma 3-*bis*, a dimostrazione della circostanza che il quadro generale delineato dall'art. 4 fosse completato proprio da tale disposizione.

<sup>34</sup> La necessità di individuare preliminarmente i compiti specifici che identificano e qualificano il servizio come pubblico resta passaggio fondamentale dell'analisi di mercato, come confermato anche dallo schema di regolamento di attuazione. Non sfuggiva al legislatore come anche all'interno di un mercato con un assetto concorrenziale sarebbe stato necessario individuare quali servizi o quali porzioni degli stessi potessero essere soddisfatti dal mercato o andassero contemporaneamente introdotte misure di regolazione.

<sup>35</sup> F. CINTIOLI, *La Regolazione dei servizi di interesse economico generale*, convegno promosso dalla Fondazione Cesifin, Firenze, 6 Novembre 2009

<sup>36</sup> Per un esempio di illegittimità dell'affidamento per mancata trasmissione degli atti all'AGCM Cfr. *ex multis*, TAR Toscana, sez. I, n. 1430 del 2009

Se quindi in entrambi i casi sarebbe stato possibile discostarsi dai rilievi e dalle osservazioni espresse dall'Autorità indipendente, l'autorevolezza di quest'ultima e la specifica cognizione in materia<sup>37</sup>, unita ad altri accorgimenti che saranno citati di seguito, avrebbe richiesto, nella vigenza dell'art. 4, la predisposizione di un impianto argomentativo decisamente più articolato anche solo per pervenire all'adozione di una delibera quadro che non recepisse le indicazioni giunte dalla stessa.

Assunto confermato ad esempio dalla circostanza che, mentre la verifica di mercato nella vigenza dell'art. 23 bis era condotta sulla sola base di un formulario predisposto dalla stessa Autorità<sup>38</sup>, l'art. 4 prevedeva l'emanazione di uno specifico regolamento di attuazione disciplinante dettagliatamente proprio gli adempimenti degli enti locali<sup>39</sup>.

Il procedimento che gli enti locali erano chiamati a svolgere non si differenziava quindi soltanto nell'oggetto<sup>40</sup>, ma anche per la forma dello strumento prescelto e i contenuti dello stesso.

L'intenzione del legislatore di favorire quanto più possibile l'adozione delle misure di liberalizzazione e rendere più penetrante l'intervento di un soggetto terzo è ricavabile però anche dal combinato disposto con un'altra norma di recente adozione, conferente all'Autorità la legittimazione a ricorrere<sup>41</sup>, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti delle Amministrazioni, che, a prescindere da altre eventuali fattispecie rientranti nell'alveo di applicazione di tale disposizione, avrebbe sicuramente potuto riguardare la delibera quadro dell'ente di governo locale.

La prova poi che l'intervento dell'AGCM non si sarebbe rivelato svuotato, risolvendosi in una sorta di controllo improprio di regolarità formale degli adempimenti prescritti agli enti

---

<sup>37</sup> Circostanza comprovata dal fatto che presso L'AGCM, diversamente da quanto avvenuto a seguito della riforma di cui all'art. 23 bis, era già stata istituita una nuova direzione che avrebbe dovuto occuparsi specificamente proprio di rendere i pareri previsti all'art. 4, comma 3

<sup>38</sup> Il formulario in questione, previsto come allegato alla "*Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23 bis, comma 3, del d.l. n. 112 del 2008, convertito in L. n. 112 del 2008, relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", adottata con Delibera AGCM del 16 Ottobre 2008

<sup>39</sup> Il regolamento in realtà non è stato mai emanato, anche se in merito allo schema trasmesso dall'esecutivo avevano già espresso il proprio parere Conferenza Unificata e Consiglio di Stato.

<sup>40</sup> Anche la qualificazione dell'affidamento in house avrebbe dovuto essere, in via residuale, oggetto di valutazione comparativa con possibili forme di concorrenza attuabili tra gli operatori del settore considerato, e quindi di convenienza economica da parte di imprese terze rispetto all'ente locale. Tuttavia, l'analisi di mercato richiedeva sempre dover tener conto di peculiari caratteristiche ambientali, geomorfologiche e sociali, le quali, oltre a introdurre grandi margini di discrezionalità per l'ente procedente, definivano di fatto l'ambito di operatività dell'in house (e quindi anche della eventuale concorrenza nel mercato) in termini di opportunità piuttosto che di economicità.

<sup>41</sup> Cfr. art. 21 bis, comma 2, della L. 287 del 1990, come introdotto dall'art. 35 del D.L. n. 201 del 2011. Sarebbe stato interessante verificare la casistica delle fattispecie concrete eventualmente rientranti nell'alveo di applicazione di tale disposizione. Si pensi ad esempio alla mancata adozione della delibera da parte dell'Ente locale a seguito della ricezione del parere dell'Autorità Antitrust.

dalle fonti primarie e secondarie, è ricavabile non solo dalla recente novella che aveva reso facoltativo per l’Autorità pronunciarsi entro 60 giorni dalla richiesta dello stesso<sup>42</sup>, ma anche in virtù del fatto che l’obbligo di gestione dei servizi per ambiti territoriali attenuava i problemi organizzativi derivanti dallo spropositato numero di enti che in caso contrario sarebbero stati chiamati a deliberare<sup>43</sup>.

Queste disposizioni, assieme all’istituzione della neonata Autorità dei Trasporti<sup>44</sup> e al trasferimento all’Autorità dell’energia elettrica e gas delle competenze nel settore idrico<sup>45</sup>, anche se formalmente non rientrano nella disciplina dei SPL, non possono che essere inserite in un quadro complessivo di riforme dell’ultimo periodo volto proprio a stimolare una concorrenza effettiva nel settore, anche attraverso la necessità di individuare soggetti regolatori nell’ambito considerato, differenti dall’ente pubblico concedente, in un primo tentativo volto a riscattare la funzione regolatoria da quel ruolo ancillare rispetto alla programmazione<sup>46</sup>, da sempre caratterizzante il settore dei servizi pubblici locali.

## 6. Conclusioni

La *ratio* ravvisata dalla Corte, identificata nella sola limitazione della scelta delle modalità di affidamento da parte degli enti locali, in conclusione collide con le ragioni di fondo di un intervento ed un intento di più ampio respiro tentato dalla riforma ritenuta illegittima.

---

<sup>42</sup> L’art. 53 di cui al d.l. n. 83 del 2012, al n. 1, lett. b), apporta alcune modifiche, al previgente comma 3 dell’articolo 4 del d.l. 138 del 2011 inerente l’attribuzione dei diritti di esclusiva, con l’aggiunta – rispetto alla già prevista dimensione dell’ente (10.000 abitanti) - di un valore economico del servizio (200.000 euro annui), quale discriminante per l’acquisizione del parere obbligatorio ma non vincolante, dell’Autorità Garante della Concorrenza edel Mercato. Ulteriori modifiche prevedono che per l’espressione del parere, l’*Antitrust* adesso potesse pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento dello stesso, chiarendo la natura ordinatoria tale scadenza. Rispetto al soggetto competente a svolgere l’istruttoria, sempre al succitato comma 3 dell’articolo 4 del d.l. 138 del 2011, viene eliminato l’inciso “dall’ente di governo locale dell’ambito o del bacino o in sua assenza”, restando quindi a carico dell’ente locale l’attuazione della complessa procedura per l’attribuzione dei diritti di esclusiva.

Infine era stabilito che, trascorsi i previsti 60 giorni senza che l’Autorità abbia espresso alcun parere, l’ente richiedente potesse comunque adottare la delibera quadro, introducendo così una forma di silenzio devolutivo in analogia a quanto previsto all’art. 16 L.P.A.

<sup>43</sup> Anche a seguito dell’art. 53, di cui al d.l. n. 83 del 2012, n. 6, lett. b) il quale, inserendo un nuovo comma 35 *bis* all’articolo 4 del d.l. 138 del 2011 stabiliva, in via retroattiva, che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, la verifica della gestione concorrenziale, la delibera quadro, le richieste di parere *all’Antitrust* e gli eventuali affidamenti in esclusiva, fossero effettuati unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali, di cui all’articolo 3 *bis*, dagli enti di governo degli stessi, come istituiti o designati dalle Regioni.

<sup>44</sup> L. n. 27 del 2012

<sup>45</sup> D.L. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011. Si ricorda come il settore idrico non sia stato tuttavia oggetto della riforma di cui all’art. 4 d.l. n. 138 del 2011 e successive modificazioni.

<sup>46</sup> Sul tema cfr. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005

Un'occasione forse perduta di porre fine a successione di discipline prive di una vera strategia organica, le quali erano diretta espressione della crisi che aveva interessato ad inizio anni '90 il regime tradizionale dei servizi pubblici in generale.

L'instabilità<sup>47</sup> che caratterizzava la materia sembrava destinata quindi a trovare un primo assestamento, fino a quel momento mancato nonostante l'azione sinergica dei processi di privatizzazione e liberalizzazione di numerosi ambiti cominciati all'inizio degli anni '90 del secolo trascorso.

L'analisi di alcune tra le più rilevanti previsioni dell'art. 4 ha infatti evidenziato la scomparsa degli obiettivi di privatizzazione, la quasi totale impossibilità di ricorrere agli affidamenti in house se non per quei servizi cd. innominati<sup>48</sup>, la forte limitazione dei regimi in esclusiva, nonché disposizioni volte a costituire un mercato rilevante nei SPL attraverso la costituzione di ambiti territoriali ottimali. Questi elementi, oltre ad evidenziare forti aspetti di discontinuità rispetto alla normativa del 23 bis, delineano il reale tentativo di provare a introdurre la cd. concorrenza *nel* mercato all'interno del settore considerato.

Lo stesso schema di regolamento attuativo, nello specificare i passaggi della verifica di mercato sopra ricordati, precisava poi dettagliatamente la disciplina dei rapporti che si sarebbero venuti a creare tra ente e operatori – affidatari, segno che, nonostante fossero auspicabili alcune migliorie<sup>49</sup>, le intenzioni erano rimaste serie anche in sede di prima concreta applicazione, laddove di solito si nascondono i più grandi *bluff*...

Al di là tuttavia di interrogativi che forse soltanto la prassi avrebbe potuto provare a risolvere, non pare negabile come, oltre a presentare contenuti essenziali incompatibili, le due discipline esaminate, prescindendo da qualunque giudizio di valore in merito, fossero pertanto animate da *ratio* ispiratrici che, almeno dalle premesse – o dalle promesse - risultavano profondamente differenti non solo nelle finalità e negli obiettivi, ma anche nelle disposizioni concretamente apprestate al fine di garantire una qualche effettività ai principi ispiratori in esse contenuti.

Al momento però, oltre a ricordare i nodi problematici da sciogliere in virtù del vuoto normativo venutosi a creare, non resta che interrogarsi circa l'impostazione che verrà adottata dal prossimo intervento legislativo.

---

<sup>47</sup> F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, 37 ss., Bologna, 1990

<sup>48</sup> Dato che non pare ipotizzabile un valore annuo del servizio inferiore ai 200.000 euro per i servizi cd. a rete

<sup>49</sup> Nel silenzio della legge, sarebbe stato forse opportuno prevedere all'interno dello schema di regolamento, la concreta interdipendenza tra eventuali obblighi di servizio pubblico e attività svolta in presenza di un titolo abilitativo all'esercizio, in quei casi in cui si operasse al di fuori del regime di esclusiva, nell'assenza quindi di un contratto di servizio.

Verrà confermato l'attuale *favor* nei confronti della nozione di concorrenza in quanto “materia” di esclusiva competenza statale , con conseguente impossibilità per gli enti territoriali minori di poter intervenire in totale autonomia in merito alle modalità di affidamento dei servizi<sup>50</sup>, oppure si cercherà di trovare un nuovo punto di equilibrio tra Stato e Mercato?

Nell'attesa di dare risposta a tali quesiti, si torna, nuovamente, al punto di partenza.

---

<sup>50</sup> La Corte Costituzionale non ha infatti affrontato, ritenendole assorbite, le censure relative alla violazione del riparto di competenze, lasciando di fatto impregiudicate le impostazioni tradizionali confermate con la sentenza n. 325 del 2010.