

Brevi cenni sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi e giurisprudenziali in materia.

1) Cenni generali sulla nozione di servizio pubblico

Il tema dei servizi pubblici è stato, ed è soprattutto oggi, oggetto di particolare interesse da parte di dottrina e giurisprudenza, che negli anni hanno cercato di definire in maniera certa tale nozione, in virtù del fatto che dalla stessa derivino conseguente giuridiche.

Al fine di un'analisi approfondita del tema, risulta necessaria un seppur telegrafico riferimento all'analisi di diverse problematiche di diritto amministrativo quali l'elemento organizzativo della P.A., visto che la stessa deve garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico attraverso idonee strutture e modalità di prestazione dei servizi, il fattore economico in virtù del fatto che le scelte poste in essere dall'amministrazione dipendono dalle risorse economiche dello Stato, il rapporto tra Stato e autonomie territoriali coinvolte maggiormente vivendo il rapporto di prossimità con gli elettori, nella erogazione dei servizi per la collettività ed infine il legame tra pubblico e privato in riferimento al coinvolgimento del capitale privato nella gestione e nell'organizzazione dei servizi pubblici.

Per cercare di definire in maniera certa la nozione di servizio pubblico si ricorda l'elaborazione dottrina secondo la quale le competenze della P.A. si distinguevano in funzioni pubbliche in senso stretto e pubblici servizi.

Le prime erano attività aventi natura autoritativa, che per natura quindi potevano competere solo allo Stato.

Discorso diverso per il c.d. il pubblico servizio, inteso come quell'attività assunta dallo Stato ma che sarebbe potuta essere svolta anche essere svolta da altri e che veniva erogata dalla P.a. per questioni di pubblico interesse.

Da tale previsione scaturì la c.d. concezione soggettiva del servizio pubblico, caratterizzata dal fatto che una determinata attività veniva attribuita all'ente pubblico che ne assumeva l'esclusiva titolarità.

La stessa teoria, fu in seguito accolta in maniera temperata con la conseguenza che si ammise la partecipazione della gestione del servizio pubblico anche da parte di un privato, la cui attività era vincolata ad un provvedimento di natura concessoria emesso dalla P.A.

Alla fine del XIX e all'inizio del XX secolo, grazie al fenomeno della municipalizzazione si manifestò in dottrina la c.d. concezione oggettiva, secondo la quale il servizio pubblico doveva essere inteso quale prestazione di attività idonea a soddisfare alcuni bisogni ritenuti essenziali dei cittadini.

In virtù di tale teoria, quindi il servizio pubblico è quindi sinonimo di attività non autoritativa che consiste nell'erogazione di prestazioni dirette a soddisfare interessi che l'Ente pubblico, per scelte politiche ritiene indispensabili.

Al tempo stesso la gestione dello stesso può essere svolta anche da privati, senza bisogno di provvedimento concessorio, in virtù del fatto che elemento essenziale è l'attività oggettivamente considerata e non il soggetto che eroga il servizio, sia esso pubblico o privato.¹

Non essendoci un elenco tassativo di servizi pubblici, poichè i servizi pubblici nazionali sono disciplinati da leggi statali o regionali di settore, la qualifica giuridica dello stesso è variabile

¹ CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir. vol. XLII*, Milano, 1990; M. S. GIANNINI, *ISTITUZIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, a cura di C. Mirabelli, Milano, 2000; VILLALTA, *I servizi pubblici*, Padova, 2003; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale" in Dir. Amm. 2007*, 79;

in conseguenza della natura di bisogni e servizi, oggetto dell'interesse della P.A., variabili anch'essi.

Inoltre, visto l'avanzamento dei fenomeni di liberalizzazioni e privatizzazioni, la cui conseguenza è la diminuzione della gestione diretta delle attività da parte dello Stato, la materia in esame è stata oggetto di "incursioni normative" motivo di confusione e difficoltà per l'operatore del diritto.²

Anche in ambito europeo, vista la non univocità della definizione, l'espressione servizio pubblico non viene utilizzata, se non nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea agli articoli 14 e 106³, dove figura la nozione di servizio di interesse economico generale, la più vicina a quella di servizio pubblico.

L'art 14 riconosce agli stessi un'importanza fondamentale per i valori comuni dell'Unione Europea, nonché di promozione della coesione sociale e territoriale, attribuendo all'Unione e agli Stati membri la competenza a provvedere "affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolar modo economiche e finanziarie che consentano di assolvere i propri compiti"

Tra i valori comuni dell'Unione Europea in materia, il protocollo 26 dello stesso Trattato chiarisce che gli stessi si individuano nel "ruolo essenziale delle Autorità nazionali, regionali e locali nel commissionare ed organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini alle esigenze degli utenti".

La Corte Costituzionale nelle sentenze 272/04 e 325/10⁴ chiarisce come la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno contenuto omologo in quanto fanno riferimento ad un servizio reso mediante attività economica intesa quale offerta di beni e servizi sul mercato, fornendo prestazioni considerate necessarie e dirette alla realizzazione dei fini sociali.

Inoltre, le due nozioni assolvono la medesima funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

Inoltre il Trattato prescrive che i servizi di interesse economico generale siano assicurati, in linea di principio, da imprese pubbliche e/o private in regime di concorrenza.

Tale principio può subire però una deroga qualora, per la sua applicazione venga compromessa "la missione di interesse generale" affidata ai servizi pubblici.

In questo caso, gli Stati membri sono legittimati a riconoscere diritti speciali ed esclusivi ad un'impresa pubblica in deroga all'ordinaria regola della concorrenza.

Le Autorità pubbliche quindi, una volta che un servizio viene assunto come Servizio di interesse economico generale, sono libere non solo di organizzarlo ma anche di gestirlo secondo le modalità che ritiene opportuna scegliendo tra i tre modelli previsti quali la gestione diretta, con il quale l'erogazione del servizio è rimessa alle strutture della P.A., mediante affidamento diretto della gestione ad enti sostanzialmente pubblici che posseggano i requisiti del modello in house, mediante affidamento diretto a società miste se allo stesso

² R. GAROFOLI, MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, ROMA, 2012; L. GIZZI, *I SERVIZI PUBBLICI LOCALI*, IN *COORDINATE ERMENEUTICHE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, TORINO, 2012

³ L' Art 106 TFUE stabilisce che "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione".

⁴ Corte Costituzionale 27 luglio 2004 n. 272, in *Giur. cost.* 2004, 4, 2748; Corte Costituzionale, 17 novembre 2010 n. 325, in *Giur. cost.* 2010, 6, 4501

tempo vengano rispettati alcuni requisiti, ed infine attraverso l'esternalizzazione del servizio a società private individuate mediante l'espletamento di procedura ed evidenza pubblica, nel rispetto delle norme concorrenziali previste dal mercato.⁵

2) Normativa Italiana in materia di Servizi pubblici

Il primo intervento legislativo *ad hoc* che ha introdotto una disciplina generale per i servizi pubblici è stato la legge 142/90 il cui articolo 22 prevedeva che i pubblici servizi potessero essere gestiti in economia.

Tale statuizione è stata ripresa nell'art 113 del T.U. Enti locali (Dlgs 267/00) grazie al quale si sono specificate le forme di gestione dei servizi pubblici locali.

La norma prevede quattro tipologie di gestione ed erogazione del servizio.

La prima, la c.d. gestione in economia prevede che i servizi vengano erogati da un settore dell'Amministrazione tramite il personale dell'ente locale.

La stessa P.A. secondo la norma, può concedere a terzi. Soggetti privati, la gestione dello stesso quando sussistano ragioni di carattere tecnico o di natura economica, può affidare tale funzione alle c.d. aziende speciali quando lo svolgimento del servizio implica un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed autonomia ed infine, può affidare l'amministrazione di un servizio ritenuto di interesse generale a società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, create *ad hoc* nel caso venga ravvisata l'opportunità di far partecipare alla gestione dello stesso ulteriori soggetti pubblici o privati.

Quest'ultimo modello ha sollevato sin da subito dubbi in merito alla natura giuridica della stessa, alla modalità di scelta del socio privato ed alla possibilità di indire una seconda gara per l'affidamento in concreto del servizio dopo aver scelto il socio e costituita la società.

In riferimento alla natura giuridica di tali società la Corte di Cassazione con sentenza 4991/95⁶ statuiti che " *le società per azioni costituite dai Comuni e dalla Province a norma dell'art 22 della legge 142/90 per la gestione dei servizi pubblici, operano come persone giuridiche private nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'Ente pubblico nei confronti del quale hanno assunto l'obbligo di gestire il servizio, atteso che, da un lato il rapporto tra l'Ente territoriale e la società non è riconducibile né alla figura della concessione di pubblico servizio, né all'ipotesi di concessione per la costruzione di opere pubbliche e che, dall'altro, non è consentito all'Ente pubblico locale di incidere mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, ma l'Ente territoriale potrà avvalersi per il perseguimento del pubblico interesse, dei soli strumenti del diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della succitata società*".

I giudici di Piazza Cavour nella stessa sentenza evidenziarono come nel caso in cui l'ente locale avesse costituito una società per azioni a partecipazione pubblica per la gestione di un determinato servizio pubblico, l'affidamento del servizio dovesse avvenire in modo diretto senza l'emanazione di un atto concessorio, principio ripreso in altre decisioni della Suprema Corte ed in seguito recepito anche dalla giurisprudenza amministrativa.⁷

⁵ F. LUCIANI, " *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*" in www.giustamm.it, 10/12.

⁶ Corte di Cassazione SS. UU. 6 maggio 1995, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1995, 1056

⁷ Si veda, ad esempio Cass. N. 754/99 in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1999, 1451; Cons. Stato n. 2297/02, in *Foro it.* 2002, III, 553; Cons. Stato n. 1289/03 in *DeG - Dir. e giust.* 2003, 19, 43; Cons. Stato n. 1145/03 in *Riv. AMM. APPALTI* 2003, 75; Cons. Stato n. 1547/04, in *Foro amm. CDS* 2004, 843

La stessa giurisprudenza, inoltre, al fine di colmare un vuoto legislativo, visto che la sovra citata legge 142/90 non disponeva nulla al riguardo la scelta del socio privato, si era orientata nel ritenere necessario lo svolgimento di una gara pubblica per la scelta del socio privato nel procedimento di costituzione delle società miste.⁸

Tale interpretazione giurisprudenziale non fu però ritenuta compatibile con i principi europei di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità tanto che la Commissione europea avviò nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione.

La presenza del socio privato all'interno della società mista è stata oggetto di particolare analisi da parte di dottrina e giurisprudenza in considerazione della legittimità dell'affidamento senza gara del servizio in presenza dello stesso socio all'interno della società e sulla possibilità di prevedere un'ulteriore gara per l'affidamento dello stesso.

Secondo un primo orientamento la scelta del socio privato tramite una procedura ad evidenza pubblica non esclude la necessità di un'ulteriore e successiva gara per l'affidamento del servizio in virtù del fatto che l'affidamento diretto può essere effettuato solo nei confronti di una società a partecipazione pubblica totalitaria e non solo maggioritaria al capitale sociale.

Secondo un altro indirizzo, una volta prevista la procedura di evidenza pubblica per la selezione del socio privato, non occorre una seconda gara per l'affidamento del servizio pubblico.

Appare quindi possibile e legittimo l'affidamento diretto del servizio a tale società poiché la stessa sia costituita appositamente per l'erogazione del servizio pubblico e attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato ma anche all'affidamento del servizio con la conseguenza che il bando di gara per la costituzione della società mista deve definire sin dall'inizio in modo preciso e completo gli specifici compiti che il socio privato dovrà svolgere in partenariato, nonché le relative modalità di collaborazione.⁹

Tale dubbio interpretativo fu inoltre sottoposto all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che con sentenza 1/08¹⁰, anche se non affrontando direttamente il tema, ribadì che anche nell'ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l'apertura della concorrenza.

Il Consiglio di Stato, una volta tracciata la differenza tra società miste e società in house non risolse la questione in esame ritenendo opportuno l'intervento del giudice comunitario, che con la sentenza della Corte di Giustizia del 2008¹¹ chiarì che gli art 43, 49, 86 CE, non vietano l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a capitale misto costituita specificamente per la fornitura del suddetto servizio.

Inoltre introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati ed inoltre andrebbe a disincentivare i soggetti privati e gli enti pubblici alla costituzione di partenariati pubblico-privati.

La materia dei servizi pubblici fu interessata, in seguito da un intervento legislativo, la legge finanziaria per il 2002 (Legge 448/01), avente ad oggetto la disciplina dei servizi pubblici locali, il cui art 35 ispirandosi al principio della separazione tra le strutture e il servizio introduceva una significativa distinzione tra servizio pubblico locale di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale (definizione modificata con la legge 327 e 350/03 in servizi pubblici di rilevanza economica e privi di rilevanza economica) i quali potevano essere

⁸ Consiglio di Stato, 3 settembre 2001 n. 4586, in *Foro Amm.* 2001, 9 ; Consiglio di Stato, 15 febbraio 2002 n. 917, in *Foro amm. CDS* 2002, 413

⁹ R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1

¹¹ Sentenza Corte di Giustizia, causa C-196/08

gestiti tramite aziende speciali, anche consortili, società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali.

Per i servizi di rilevanza industriale il legislatore, rispettando il principio della concorrenzialità per il mercato, escludeva sia la gestione che l'affidamento diretto, consentendo solamente l'affidamento a società di capitali mediante procedura ad evidenza pubblica.

Tale statuizione fu però disattesa dall' art 113 co 5 TUEL con il quale si ripristinò la possibilità per gli Enti locali di scegliere tra una pluralità di modelli di gestione nel momento in cui si trovano a deliberare in ordine all'organizzazione del servizio, prevedendo tre forme di gestione del servizio, con riferimento della titolarità dello stesso a società di capitali interamente private, società a capitale misto pubblico/privato nelle quali il socio privato venga scelto tramite l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica e società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui proprio servizi.(in house providing).¹²

¹²Si tratta di una modalità di gestione di matrice giurisprudenziale elaborata in ambito comunitario dalla Corte di Giustizia, la quale nella sentenza Teckal del 1999 evidenziò la presenza di un modello alternativo alla esternalizzazione a privati di beni e servizi di rilevanza fondamentale per l'amministrazione al fine di esercitare correttamente le proprie competenze.

La caratteristica di tale tipologia di affidamento è dovuta al fatto che il servizio viene affidato ad un ente avente natura privatistica e quindi distinto dalla P.A. che però risulta essere una *longa manus* della stessa.

Per questo motivo, derogando al principio di evidenza pubblica che stabilirebbe l'affidamento del servizio solo in seguito all'indizione di una gara pubblica, l'ente pubblico affida in via diretta alla società in *in house* l'affidamento del servizio.

Per giustificare tale possibilità la Corte di Giustizia a partire dalla sentenza Teckal ha previsto due requisiti essenziali per l'utilizzo dello strumento *in house*, il c.d. controllo analogo e la c.d. destinazione prevalente.

Affinchè sussista il primo requisito è necessario che il controllo dell'ente pubblico non sia meramente funzionale ma strumentale implicante un potere di ingerenza sull'organizzazione dell'ente, nel senso che vi deve essere un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata.

Al tempo stesso, la stessa Corte in molte decisioni, tra cui la sentenza Stadt Halle del 2005 ha previsto che ai fini dell'affidamento diretto debba sussistere, inoltre, il requisito della totale partecipazione da parte dell'ente pubblico nella società, ritendo illegittimo l'ingresso, anche se in minima parte di soggetti privati.

Vista l'importanza della materia, anche la giurisprudenza nazionale, in alcune decisioni ha avuto modo di sottolineare particolari obblighi affinché sussista il requisito del c.d. controllo analogo.

Ad esempio, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5072/06 ha evidenziato come lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale possa essere alienata a privati, con la decisione n. 1514/07, che il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce ai soci di maggioranza, ed infine che le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cds. 5/07).

Per quanto riguarda invece il requisito della c.d. destinazione prevalente, la Corte di Giustizia, nella sentenza Carboterno del 2006, fissa i principi di tale requisito statuendo che " nel

Il legislatore nazionale, inoltre nel cercare di omologare la normativa nazionale ai principi dettati in ambito europeo per l'erogazione e la gestione dei servizi pubblici, intervento legislativo con l'art 23 bis della legge 133/08 introdusse una nuova disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, normativa che ha drasticamente compresso la libertà di scelta degli Enti locali in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica al fine di realizzarne una massima concorrenzialità per il mercato.

In virtù di tale norma infatti il conferimento della gestione dei servizi pubblici doveva avvenire tramite due modalità: l'attribuzione dell'erogazione e gestione del servizio a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite con il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica, oppure a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio dovesse avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, che abbiano ad oggetto al tempo stesso la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Si tratta quindi di una procedura di gara a doppio oggetto, visto che la stessa deve riguardare sia la qualità di socio, sia l'attribuzione di specifici compiti operativi di gestione del servizio.

L'affidamento diretto del servizio pubblico a favore di società a capitale interamente pubblico fu ritenuto legittimo solo in deroga alle modalità di affidamento ordinario, per situazioni eccezionali che non permettevano un efficace e utile ricorso al mercato.

Il legislatore nazionale, infatti, in tema di gestione in *house* stabilì che ai fini dell'utilizzazione di tale modello dovessero sussistere particolari condizioni quali una pubblicità preventiva adeguata e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte della P.A. e la trasmissione da parte dello stesso ente affidante di una relazione all' AGCM ai fini di un parere preventivo obbligatorio ma non vincolante e la sussistenza di straordinarie condizioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche avrebbero reso impossibile un corretto ricorso al mercato.

La soluzione adottata dal legislatore del 2008 fu quindi orientata verso una privatizzazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica volta a favorirne l'esternalizzazione e a limitare i casi di gestione diretta d parte dell'Ente locale.

Per questo motivo, tale norma fu oggetto di particolari critiche sedate, in parte, dalla Corte Costituzionale che con sentenza 325/10 ritenne che la norma in questione non costituisse né una violazione né una applicazione necessitata della normativa comunitaria ed internazionale

valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività."

La società *in house*, svolge quindi la parte più importante della sua attività con l'ente se l'attività della stessa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.

Tale statuizione può subire deroghe solo se la prestazione eccezionale di servizi a terzi sia giustificata da ragioni speciali di continuità ed efficienza del servizio principale e quindi possa considerarsi come parte integrante dello stesso. Cfr. sul punto in maniera dettagliata: L. GIZZI, *I SERVIZI PUBBLICI LOCALI*, op.cit.

ritenendola semplicemente compatibile con la stessa, risultando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare.¹³

La norma in esame, fu sottoposta a referendum abrogativo successivamente abrogato con un D.P.R. 113/11.

La stessa Corte Costituzionale con sentenza 24/11¹⁴ dichiarando ammissibile il quesito referendario evidenziò come anche in seguito alla abrogazione della norma non si sarebbe creato una *vacatio* legislativa vista l'immediata applicabilità della normativa comunitaria che prevedere l'applicazione della procedura ed evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

In seguito al risultato della volontà popolare, quindi, in piena conformità con le norme europee, si restituì agli enti locali la libertà di optare tra gestione integralmente pubblica o per la gestione mista pubblico privato senza il vincolo della partecipazione minima del socio privato del 40%.

Il legislatore, inoltre, anche in conseguenza della particolare condizione di crisi economica attraversata dal paese, ed al fine di incentivare una gestione concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza economica e di liberalizzare tutte le attività economiche con l'art 4 del d.l. 138/11 convertito in legge 148/11, riprese quanto previsto dall'art 23 bis e dalle norme europee in materia, introducendo però due importanti novità.¹⁵

La disciplina europea non si sarebbe applicata anche al servizio idrico, come i soliti settori già precedente esclusi quali il servizio di distribuzione del gas e dell'energia elettrica, ed inoltre fu prevista la possibilità di utilizzare il modello dell'*in house* in presenza di requisiti richiesti dal diritto europeo solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di euro 900.00 annui.¹⁶

Al di sotto di tale soglia gli enti locali avrebbero potuto gestire un servizio pubblico di rilevanza economica in regime di autoproduzione.

Anche tale statuizione fu però oggetto di sindacato da parte della Corte Costituzionale nel 2012 che con la sentenza 199¹⁷ ne dichiarò l'incostituzionalità per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare ex art 75 Cost, visto che la stessa era contraddistinta non solo dalla medesima ratio della norma abrogata ma anche letteralmente riproduttiva in buona parte di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo.

In seguito a tale decisione quindi, fu data la facoltà agli enti pubblici di decidere liberalmente quale modello di gestione del servizio pubblico utilizzare, mediante gestione diretta in economia, affidamento diretto della gestione a figure sostanzialmente pubbliche, affidamento

¹³ Corte Costituzionale, 17 novembre 2010 n. 325, in *Giur. cost.* 2010, 6, 4501

¹⁴ Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, in *Giur. cost.* 2011, 1, 247

¹⁵ La P.A. che avesse voluto procedere all'attribuzione di diritti in esclusiva, avrebbe dovuto destinare la gestione dei servizi pubblici a favore di imprenditori privati nel rispetto dei principi del TFUE e dei principi generali di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

La norma prevedeva inoltre che potessero partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali sia le società a capitale interamente pubblico, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalle legge, sia le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione Europea, a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi. L. GIZZI, *I SERVIZI PUBBLICI LOCALI*, op.cit

¹⁷ Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2012, 4, 2877

diretto a società miste, purchè il socio privato sia scelto mediante procedura di gara a doppio oggetto, oppure esternalizzando il servizio a imprenditori e società private scelti sempre mediante procedure ad evidenza pubblica.

3) Conclusioni.

In seguito all'ultimo intervento della Corte Costituzionale del 2012, il legislatore ha deciso di intervenire, anche se in maniera minimale, con l'emanazione dell'art 34 del D.L. 179/12 convertito con legge 221/12

La nuova normativa dispone che l'affidamento del servizio venga effettuato sulla base di un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante con la quale si dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico. Al tempo stesso, per gli affidamenti non conformi agli obblighi previsti dalla norma europea, è stata prevista una norma transitoria volta all'adeguamento degli stessi entro il termine del 31 dicembre 2013 termine ultimo anche per la pubblicazione della relazione sopra analizzata.

Al tempo stesso è stato previsto l'inserimento di un termine di scadenza nei contratti di servizio e negli altri atti che regolano gli affidamenti in cui non era prevista una data di scadenza.

Per lo stesso motivo, gli affidamenti diretti assegnati a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa alla data 1 ottobre 2013 cessino alla scadenza prevista da contratto, o in caso contrario, in maniera improrogabile entro il 31 dicembre 2020.¹⁸

Secondo quindi l'attuale normativa, la scelta in merito alla modalità di gestione dei servizi pubblici ricade nuovamente sulle singole amministrazioni che, nell'esercizio dei propri poteri, dovranno rispettare i principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi, obbligo di motivazione, principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Gli Enti locali, in conclusione potranno decidere se affidare la gestione e l'erogazione del servizio a società miste costituite *ad hoc* previa gara a doppio oggetto o esternalizzare il servizio a imprenditori e società private scelti mediante procedure ad evidenza pubblica agendo secondo la normativa europea che presuppone una adeguata pubblicità alle regole di gara al fine di consentire la partecipazione in situazioni di parità a tutti gli operatori del settore.

L'attuale norma di legge, in contrasto con gli interventi legislativi sindacati dalla Corte Costituzionale, consente l'affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche che posseggano i requisiti del modello *in house*, anche se, secondo parte della dottrina il ricorso a tale modalità non è tutto libero vista l'importante e rilevante onere di motivare la convenienza rispetto all'evidenza pubblica o sulla inutilità della gara ai fini della soddisfazione del bisogno pubblico riconducibile al servizio.

Di contrario avviso, parte della giurisprudenza, ritiene invece che, grazie alla sentenza della Corte Costituzionale il modello *in house* abbia lasciato il ruolo di strumento eccezionale impostogli dalla normativa precedente e sia diventato a tutti gli effetti strumento idoneo all'affidamento ed alla gestione di servizi di pubblica rilevanza.¹⁹

Nella scelta del modello più idoneo a soddisfare appieno gli interessi in oggetto, la P.A. dovrà basare la sua decisione sulla valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, individuazione del modello più efficiente e più economico, adeguata istruttoria e motivazione.

¹⁸ L. GIZZI, *I SERVIZI PUBBLICI LOCALI*, *op.cit*

¹⁹ Consiglio di Stato, 11 febbraio 2013 n. 762, in *Diritto e giurisprudenza agraria 2013*, 5, 328