

Servizi pubblici locali

30 maggio 2018

Nel nostro ordinamento la disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale ha subito numerose modifiche, dovute anche alla necessità di armonizzare la normativa nazionale con i principi comunitari. Negli ultimi anni gli interventi del legislatore si sono concentrati sull'assetto organizzativo per lo svolgimento dei servizi di interesse economico generale. In particolare, è stato introdotto l'obbligo per gli enti locali di partecipare agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali ed è intervenuta la legge Delrio che ha riconosciuto in capo alle città metropolitane la titolarità, quale funzione fondamentale, dei compiti di organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano. Inoltre con il nuovo Codice appalti è stata recepita la disciplina in materia di affidamenti *in house* dettata dalle direttive europee in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali.

L'affidamento dei servizi pubblici locali

Sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali (SPL) di rilevanza economica si sono succedute [diverse discipline](#), specie nel corso della XVI legislatura, nella cui successione temporale si sono inserite sia un'abrogazione referendaria (2011) sia una pronuncia di illegittimità costituzionale (2012). Tali interventi si sono succeduti in un ristretto contesto temporale e sono stati adottati, per lo più, con provvedimenti d'urgenza.

In particolare, il riferimento generale per la disciplina applicabile nell'ordinamento italiano in materia di affidamento del servizio è rappresentato dalla normativa europea (direttamente applicabile) relativa alle regole concorrenziali minime per le gare ad evidenza pubblica che affidano la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica (Corte cost., sentenza n. 24 del 2011).

La [sentenza n. 199 del 2012](#) della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, (conv. L. n. 148/2011), nella parte in cui tale disposizione, rubricata come «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», detta la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in luogo dell'art. 23- *bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, abrogato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011. Secondo la Corte, infatti, costituisce effettivamente ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti», in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

Secondo la normativa dell'Unione europea gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali attraverso:

- esternalizzazione a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi;
- società mista pubblico-privata, la cui selezione del socio privato avvenga mediante gara a doppio oggetto;
- gestione diretta da parte dell'ente locale, cosiddetta gestione "*in house*", purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, e vi sia il rispetto dei vincoli normativi vigenti. In particolare, la giurisprudenza comunitaria consente la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Per i servizi a rete di rilevanza economica il soggetto che affida il servizio deve tener conto sia della disciplina comunitaria sia delle norme nazionali settoriali.

La scelta delle modalità di affidamento del servizio è rimessa dalla normativa vigente all'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale, al quale partecipano obbligatoriamente gli enti locali, sulla base di una relazione, da rendere pubblica sul sito internet dell'ente stesso, che deve dare 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 e servizio universale, indicando le compensazioni economiche (se previste)" (art. 34, co. 20-25, del D.L. n. 179 del 2012, convertito da L. n. 221/2012).

Obiettivi dell'obbligo di pubblicare la relazione sono:

- il rispetto della disciplina europea;
- la parità tra gli operatori;
- l'economicità della gestione;
- l'adeguata informazione della collettività di riferimento.

Pertanto, la scelta della modalità di affidamento risulta rimessa alla valutazione dell'ente locale, nel presupposto che la discrezionalità in merito sia esercitata nel rispetto dei principi europei; di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Da tale disciplina sono stati espressamente esclusi i servizi di distribuzione di gas naturale e di distribuzione di energia elettrica, nonché quelli di gestione delle farmacie comunali.

Gli enti di governo sono tenuti ad inviare le relazioni all'Osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico, che provvede a pubblicarle nel proprio [portale telematico](#) contenente dati concernenti l'applicazione della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sul territorio (art. 13, co. 25-bis, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 9/2014). La normativa richiamata aveva previsto anche una disciplina transitoria (art. 34, co. 21), disponendo che gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, dovevano essere adeguati entro il 31 dicembre 2013. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, prescrivendo, comunque, che il mancato adempimento degli obblighi previsti determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013. In deroga a quanto previsto dalla disposizione originaria, nel corso della XVII legislatura è stata disposta la proroga della durata degli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del D.L. n. 179/2012 (18 ottobre 2012) fino al subentro del nuovo gestore e comunque non oltre il 31 dicembre 2014 (art. 13, co. 1, D.L. n. 150/2013, conv. dalla L. n. 15/2014). Inoltre, si è stabilito che la mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014 comporta l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014. Il mancato rispetto del termine comporta la cessazione degli affidamenti non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea alla data del 31 dicembre 2014.

Disposizioni particolari sono state stabilite per gli "affidamenti diretti" (cioè senza gara) in essere alla data di entrata in vigore del D.L. n. 179/2012 (18 ottobre 2012), anche se non conformi alla normativa europea. Per questi era inizialmente previsto che cessassero alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; mentre gli affidamenti che non prevedevano una data di scadenza sarebbe cessati, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020 (art. 34, co. 22). Tale particolare regime veniva previsto solo a condizione che gli affidamenti: fossero stati assentiti alla data del 1° ottobre 2003; riguardassero società a partecipazione pubblica già quotate in borsa alla data del 1° ottobre 2003 ovvero società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

A seguito delle procedure di infrazione UE n. 2012/2050 e 2011/4003, nel 2015 il legislatore è nuovamente intervenuto sulla questione, disponendo che:

a) siano salvi gli affidamenti diretti assentiti a società a partecipazione pubblica già quotate in mercati regolamentati prima del 31 dicembre 2004 e a quelle da esse controllate. Tali affidamenti, come già previsto, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, oppure entro il 31 dicembre 2020, se gli affidamenti non prevedono una data di scadenza;

b) gli affidamenti diretti a società poste, dopo il 31 dicembre 2004, sotto il controllo di società quotate, a seguito di operazioni societarie effettuate in assenza di procedure conformi alle disposizioni dell'Unione europea, cessano improrogabilmente, e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2018, oppure alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, se anteriore al 31 dicembre 2018 (art. 8, L. n. 115/2015, che ha sostituito l'art. 34, co. 22, del D.L. n. 179/2012).

Non è invece giunto a conclusione il tentativo di riordinare in modo organico le disposizioni vigenti in modo da rendere intelleggibili le regole applicabili in materia per le amministrazioni e gli operatori del settore. Infatti, la norma di delega per l'adozione di un [Testo unico dei servizi pubblici locali](#) non ha concluso il proprio iter

nel corso della XVII legislatura, anche alla luce della sopravvenuta giurisprudenza costituzionale sulle forme di coinvolgimento delle regioni nel percorso istitutivo.

Focus

[La delega per il TU dei servizi pubblici locali](http://www.camera.it/leg18/561?appro=pl18_la_delega_per_il_tu_dei_servizi_publici_locali)

http://www.camera.it/leg18/561?appro=pl18_la_delega_per_il_tu_dei_servizi_publici_locali

[Il referendum sui servizi pubblici locali e la giurisprudenza costituzionale](http://www.camera.it/leg17/561?appro=gli_orientamenti_dell_ue_sugli_affidamenti_in_house)

http://www.camera.it/leg17/561?appro=gli_orientamenti_dell_ue_sugli_affidamenti_in_house

Il nuovo codice appalti e le previsioni sull'affidamento in house

Con il [nuovo Codice appalti](#) (D.Lgs. n. 50/2016), così come modificato dal decreto correttivo (D.Lgs. n. 56/2017), sono state recepite le disposizioni in materia di affidamenti **in house** contenute nelle direttive europee in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali (acqua, energia, trasporti e servizi postali).

Si tratta dell'art. 17 della direttiva 2014/23/UE (Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico), dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE (Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico), dell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE (Appalti tra amministrazioni aggiudicatrici), i quali - con identiche disposizioni - disciplinano tipologie di concessioni e di appalti che presentano caratteristiche tali da poter essere escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici e da consentire il ricorso all'affidamento *in house*. Tra le disposizioni europee richiamate, la previsione di cui all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, che disciplina l' *in house* nei settori classici, può essere assunta a paradigma anche per l' *in house* nell'ambito delle concessioni e dei settori speciali, vista l'identità dei testi normativi specifici. Il citato art. 12 ha definito le condizioni che necessitano ai fini dell'esclusione, dall'ambito di applicazione della direttiva stessa, di un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

Già prima della codificazione normativa europea, la giurisprudenza europea e quella nazionale avevano avuto modo di elaborare indici identificativi da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all'*in house providing*: la totale partecipazione pubblica; il controllo analogo, anche congiunto nel caso di affidamento *in house* in favore di società partecipata da più enti pubblici; la prevalenza dell'attività con l'ente affidante. La formulazione della disciplina dell'*in house* recata dalle citate direttive ha recepito la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui requisiti dell'*in house*, introducendo, tuttavia, alcune innovazioni, che sono state diffusamente illustrate, tra gli altri, nel parere del Consiglio di Stato n. 298/2015.

Il nuovo Codice, recependo i presupposti elaborati nel corso degli anni dalla giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti diretti e i principi contenuti nelle citate Direttive, disciplina tutti i presupposti per gli affidamenti *in house* (art. 5). Accanto a ciò il Codice prevede che, per poter legittimamente affidare un contratto con modalità *in house*, avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente una valutazione della congruità economica dell'offerta formulata del soggetto *in house*, avendo riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (art. 192).

Inoltre è disposta l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle stazioni appaltanti che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'iscrizione in tale elenco deve avvenire secondo le modalità e i criteri definiti dall'ANAC e consente di procedere mediante affidamenti diretti dei contratti. Le [linee guida](#) adottate dall'Autorità prevedono anche che, con riferimento ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, gli enti di governo degli ambiti ottimali istituiti devono richiedere l'iscrizione nell'Elenco, indicando nella domanda di iscrizione gli enti locali partecipanti.

L'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Per rendere più efficiente la gestione dei servizi e favorire i processi di aggregazione dei gestori, il

legislatore è intervenuto a dettare una disciplina in materia di organizzazione per lo svolgimento dei servizi pubblici locali (art. 3-bis, D.L. n. 138/2011, introdotto dall'art. 25, co. 1, del D.L. n. 1/2012). In base a tale disciplina - che si applica solo ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica - spetta alle Regioni e alle province autonome il compito di:

- individuare ambiti o bacini territoriali che consentano di sfruttare economie di scala e di differenziazione. Gli ambiti devono essere: ottimali, omogenei, di dimensione normalmente non inferiore a quella del territorio provinciale. E' riconosciuta alle Regioni la possibilità di derogare alla dimensione provinciale, individuando ambiti di dimensione diversa. Ciò purché la scelta sia motivata in base a criteri di differenziazione territoriale e socio economica e rispetto a specifiche caratteristiche del servizio;
- istituire o designare gli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali. Ad essi la legge riserva in via esclusiva le seguenti funzioni: organizzazione del servizio; scelta della forma di gestione; affidamento della gestione; controllo della gestione; determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza (art. 3-bis, comma 1-bis, del D.L. n. 138/2011, introdotto dall'art. 34 del D.L. n. 179/2012).

È, in ogni caso, fatta salva l'organizzazione per ambiti di singoli servizi già prevista da normative di settore e da disposizioni regionali e già avviata mediante costituzione di bacini di dimensioni non inferiori alla dimensione provinciale, anche sulla base di direttive europee.

In base al testo originario del decreto, le regioni avrebbero dovuto provvedere alla definizione del perimetro degli ambiti e alla designazione dei relativi enti di governo entro il 30 giugno 2012, termine la cui inutile decorrenza autorizzava il Consiglio dei Ministri ad esercitare i poteri sostitutivi di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 a tutela dell'unità giuridica ed economica.

Nel corso della XVII legislatura, su tale disciplina sono intervenute alcune modifiche. Dapprima il legislatore ha previsto, in caso di mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, l'esercizio di poteri sostitutivi da parte del prefetto, in modo da provvedere al compimento degli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014 (art. 13, co. 2, D.L. n. 150/2013).

Successivamente è stato introdotto l'obbligo per gli enti locali di partecipare agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali o omogenei ([art. 1, co. 609, L. n. 190/2014](#)). In caso di inottemperanza è attribuito al Presidente della Regione l'esercizio dei poteri sostitutivi, previa diffida all'ente locale ad adempiere entro il termine di trenta giorni. La predisposizione della relazione richiesta dalla legislazione vigente per l'affidamento del servizio viene quindi posta in capo ai suddetti enti di governo; nella relazione è ricompreso anche un piano economico finanziario .

Per quanto riguarda il ruolo degli enti locali, la c.d. legge Delrio, che ha dettato la riforma amministrativo-istituzionale degli enti territoriali, disciplina le funzioni dei "nuovi" enti, alcune delle quali interessano anche i servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare, le città metropolitane hanno la funzione fondamentale di organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano, inclusi quelli a rete di rilevanza economica (L. 56/2014, art. 1 co. 44). La legge Delrio impone, inoltre, allo Stato o alle Regioni, in funzione della materia, la soppressione di enti o agenzie (consorzi, società *in house*) alle quali siano state attribuite funzioni di organizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica in ambito provinciale o sub-provinciale, con contestuale riattribuzione di tali funzioni alle province (art. 1, co. 90).

L'ambito di applicazione della disciplina in materia di organizzazione per lo svolgimento dei SPL e, più in generale, delle disposizioni in materia di SPL a rete di rilevanza economica comprende anche il settore dei rifiuti urbani ed i settori sottoposti alla regolazione da parte di un'Autorità indipendente, salvo deroghe espresse (nuovo comma 6-bis dell'art. 3-bis, co. 6-bis, D.L. 138/2011, introdotto dalla legge di stabilità 2015).