

SERVIZI PUBBLICI LOCALI dopo la Corte Costituzionale

- Grado di liberalizzazione del mercato dei servizi p. locali molto scarso: per il trasporto pubblico locale, solo il 51% è affidato all'esito di una gara (percentuale che scende al 40% nel caso dei rifiuti)
- Circa il 38% delle società in house che gestiscono SPL è in perdita
- Caos normativo e mancanza di economie di scala, con conseguente frammentazione del mercato

- Norma di partenza (tralasciamo il pregresso): art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008 n. 133) e relativo regolamento attuativo: DPR 7 settembre 2010 n. 168
- Questa norma supera l'assetto delineato dall'art. 113 del TUEL (d.lgs. n. 267/2000) con la precisa volontà di favorire la concorrenza proprio alla luce della concreta esperienza italiana
- Il modello ordinario diventa la concorrenza per il mercato (ossia la scelta mediante gara dell'operatore economico), tenuto conto che la neutralità comunitaria è, per così, dire, il modello minimo concorrenziale, rispetto al quale gli stati membri possono adottare modelli più proconcorrenziali (Corte Cost. n. 325/2010, in merito all'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008)

- I modelli organizzativi differenti, ossia la società mista e l'affidamento in house, diventano residuali
- Possibile il loro utilizzo solo ove esistano caratteristiche economiche, sociali ed ambientali particolari, previo parere Antitrust

- Successivamente interviene l'art. 15 del d.l. n. 135/2009 (convertito dalla legge n. 166/2009), che individua quale modello ordinario anche la società mista, ove la selezione del socio privato operativo sia effettuata mediante gara a doppio oggetto e con presenza del privato nel capitale per almeno il 40%
- Quindi, unico modello eccezionale rimane l'in house

- Giugno 2011: referendum abrogativo dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008
- Dal 21 luglio 2011 (pubblicazione in GU del risultato): abrogato
- Interviene prontamente il Governo per coprire il vuoto normativo: art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (convertito, con modifiche, dalla legge 14 settembre 2011 n. 148), cosiddetta “manovra di ferragosto”.
- Successive modifiche di questa norma intervengono con il d.l. n. 1/2012, decreto liberalizzazioni, e con il d.l. n. 83/2012, Crescitalia

- Corte Cost. 20 luglio 2012 n. 199: incostituzionale l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, poiché trattasi di normativa sostanzialmente riproduttiva della disciplina abrogata mediante referendum
- Secondo la Corte: la consultazione referendaria ha escluso l'applicazione delle disposizioni dell'art. 23 bis, in quanto limitative delle ipotesi di affidamento diretto rispetto al diritto comunitario;
- La disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011 in parte è riproduttiva dell'art. 23 bis e comunque rende ancora più remota la possibilità di affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: infatti, ancora tale possibilità all'esistenza di particolari ragioni socio-ambientali e al parere dell'Antitrust; la possibilità di affidamento diretto si riduce, in pratica, ai casi in cui il valore del servizio non supera la soglia di 200.000 euro (nel testo originario era 900.000 euro)

- Secondo la Corte tale norma viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (in linea con la giurisprudenza della stessa Corte)
- Infatti, dopo la consultazione non si è verificato alcun mutamento del quadro politico né delle circostanze di fatto che potessero giustificare il potere di intervento del legislatore ordinario
- In un *obiter dictum* la Corte afferma che il modello italiano non è in linea con quello comunitario: è un ripensamento rispetto alla sentenza Corte Cost. n. 325/2010 ?

- All'esito della sentenza della Corte Cost. quali sono i modelli organizzativi utilizzabili ?
- Qual è la normativa applicabile ?
- Corte Cost. n. 24/2011 (nel giudizio di ammissibilità del referendum) ha escluso che possa rivivere la disciplina dell'art. 113 TUEL, in quanto già definitivamente abrogata
- Ove non esista una disciplina di settore specifica occorre, quindi, ricorrere alla disciplina comunitaria

- Secondo la disciplina comunitaria: neutralità del modello organizzativo
- Art. 106 TFUE: possibile la gestione diretta in autoproduzione allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli la "speciale missione" dell'ente pubblico
- Neutralità significa soltanto che il modello organizzativo non deve alterare le regole della concorrenza
- Possibile ricorrere all'affidamento in house alle note condizioni individuate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (a partire da Corte Giust. 18 novembre 1999 C-107/98, Teckal srl):
- -l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi
- -l'affidatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente che lo controlla

- Controllo analogo: è qualcosa di più del semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza (secondo il diritto societario)
- Corte Giust. 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle: occorre il 100% di capitale pubblico; anche una partecipazione privata minoritaria esclude la possibilità di configurare il controllo analogo
- Bozza di nuova direttiva sugli appalti: 100% di capitale pubblico

- Secondo Corte Giust. 13 ottobre 2005 C-458/03, Parking Brixen, non è neppure sufficiente, ai fini della configurazione del controllo analogo, il possesso del 100% di capitale pubblico: occorre che la p.a. eserciti un'influenza dominante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti
- Nel caso di specie, ad esempio, il consiglio di amministrazione era dotato di ampi poteri di autonomia gestionale
- Corte Giust. 19 aprile 2007, C-295/05, Tragsa: è la mancanza di qualsiasi libertà decisionale in capo alla società affidataria che rende legittimo il ricorso all'in house
- C.d.S., A.P., 3 marzo 2008 n. 1: riassume tutti queste condizioni

- Inoltre: secondo Corte Giust., 6 aprile 2006 C-410/04, i requisiti dell'in house devono essere soddisfatti permanentemente: occorre cioè evitare che diventi un escamotage per una successiva apertura al capitale privato scelto senza selezione concorsuale

- Inoltre, la società in house deve svolgere la parte più importante della propria attività a favore dell'ente controllante
- Problema dell'extra moenia (C.d.S., V, 27 settembre 2004 n. 6325: la società in house può operare extra moenia purché:
 - 1. ciò contribuisca al miglioramento delle condizioni della comunità locale
 - 2. non deve fare aumentare i costi o peggiorare il servizio
 - 3. la società deve operare in condizioni di effettiva concorrenza

- Nella bozza di codice dei contratti pubblici portata originariamente all'esame del C.d.M. era previsto un art. 15, che prevedeva che la società in house dovesse operare esclusivamente a favore dell'amministrazione controllante
- Nuova proposta di direttiva europea sugli appalti:
- 1. non deve esserci alcuna presenza di capitale privato
- 2. il 90% dell'attività deve essere svolto a favore dell'ente proprietario (così declinato il "prevalentemente")

- Tutte le ipotesi di autoproduzione proprio perché tali devono ritenersi assoggettate al patto di stabilità interno e agli ulteriori vincoli (obbligo di gara, vincoli alle assunzioni ecc.)
- L'art. 3 bis, comma 5, del d.l. n. 138/2011, inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), del d.l. n. 1/2012, convertito dalla legge n. 27/2012: le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno
- Né può ritenersi che la dichiarazione di illegittimità cost. dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011 abbia travolto anche tale previsione, poiché esulante dal focus dell'iniziativa referendaria
- Inoltre, non rileva la vecchia sent. della Corte Cost. n. 325/2010, che aveva dichiarato incostituzionale l'intervento regolamentare governativo in materia (ipotesi di legislazione concorrente), trattandosi nel caso di specie di fonte legislativa.

- In sintesi: cosa può fare l'ente locale alla luce della citata evoluzione ?
- 1. una vera liberalizzazione dovrebbe portare ad una concorrenza nel mercato (i primi 6 mesi di pareri espressi da Antitrust hanno enucleato segmenti di attività liberalizzabili, in senso orizzontale, tipo il servizio di trasporto locale , o verticale, quale il servizio di gestione dei rifiuti);
- 2. altrimenti, si può optare per la concorrenza per il mercato (ossia la gara, mediante le due sottopotesi della gara per la scelta dell'operatore economico o della gara per la scelta del socio-operatore nell'ambito di una società mista, senza vincoli quantitativi di partecipazione)
- 3. l'in house secondo i parametri comunitari

- Resta la possibilità per l'Antitrust di impugnare davanti al g. amm. gli affidamenti non concorrenziali (art. 21 bis della legge n. 287/1990)
- Da non sottovalutare il fatto che nei pareri resi nel 2010-2011 da Antitrust: il 90% è stato negativo e molto spesso mancava qualsiasi istruttoria al riguardo.
- Il referendum non ha inteso ripristinare tale stato di cose, né esso può essere considerato più "europeo"