



● **Acque.** Per la sentenza n.199/2012, la legge sugli affidamenti è incostituzionale

Sui servizi pubblici locali si torna all' "anno zero"

Dichiarata illegittima la legge relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui all'art. 4, D.L. n. 138/2011 e ritorno all'attuazione dei principi comunitari, meno restrittivi e preclusivi, con riferimento all'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico. Questo l'effetto della sentenza 20 luglio 2012 n.199, con la quale la Consulta ha cancellato i rilevanti sviluppi normativi degli ultimi mesi in materia di servizi pubblici locali.

● di **Carmine Podda**, *Autorità Idrica Toscana*

Con la sentenza 20 luglio 2012 n. 199, la Corte Costituzionale ha segnato un passaggio fondamentale nella travagliata riforma dei servizi pubblici locali, azzerando - come previsto da più parti - i rilevanti sviluppi normativi degli ultimi mesi, in virtù della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, D.L. n. 138/2011, convertito con modificazioni in legge n. 148/2011¹⁾, e ulteriormente integrato dalla legge n. 183/2011 ("legge di stabilità" 2012) e da alcuni recenti interventi, quali il D.L. n. 1/2012 (decreto "liberalizzazioni") e il D.L. n. 83/2012 (decreto "crescita").

Il Giudice delle Leggi, a seguito di separati ricorsi delle Regioni Puglia, Marche, Emilia Romagna, Umbria e Sardegna, ha ritenuto ammissibile la questione di legittimità in relazione all'art. 75, Costituzione che tutela gli effetti abrogativi del *referendum* e il conseguente divieto di ripristino della normativa investita dalla volontà popolare.

Nel ripercorrere il contesto normativo preso in considerazione dalla Consulta, non si può non rilevare che l'art. 23-bis, D.L. n. 112/2008, aveva rappresentato, superando il precedente riferimento costituito dall'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000, un chiaro cambiamento di rotta del legislatore all'insegna del rilancio della competitività al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi di interesse generale a rilevanza economica in ambito locale.

Questa disposizione, riconosceva quale modalità ordinaria di conferimento della gestione il ricorso a imprenditori o società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica e, quali modalità in deroga, l'affidamento sia a società miste (cosiddetto "partenariato pubblico privato") che a totale partecipazione pubblica, a condizione del «rispetto dei principi della disciplina comunitaria» e della dimo-



Il testo della sentenza della Corte Costituzionale 20 luglio 2012 n. 199, è disponibile nella sezione "Documentazione integrativa" del sito <http://abbonati.ambientesicurezza.ilsole24ore.com/>

1) «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari» (in Gazzetta Ufficiale del 16 settembre 2011, n. 216).



strazione della sussistenza di «*caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non consentono un efficace ricorso al mercato*» da sottoporre al parere preventivo (non vincolante) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ciò indusse il legislatore a intervenire nuovamente a distanza di un anno con l'art. 15 «*Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*», D.L. n. 135/2009 (cosiddetto «decreto salva infrazioni») convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166/2009, che introduceva una nuova modalità «ordinaria» per il conferimento della gestione di SPL, ossia l'affidamento a società miste (partecipate da pubblico e privato ove la selezione del socio privato avvenisse mediante gara a «doppio oggetto» riguardante, dunque, sia l'individuazione del socio sia l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione, con attribuzione di quote al privato non inferiore al 40%) continuando a considerare in deroga esclusivamente l'affidamento *in house* a società a totale partecipazione pubblica e ribadendo il necessario ruolo consultivo dell'AGCM, con il chiaro intento di creare un freno alle intenzioni delle amministrazioni locali di ricorrere agli affidamenti diretti e un argine a eventuali rinnovi degli affidamenti *in house* in scadenza.

Il D.P.R. n. 168/2010

A questi due rilevanti interventi normativi e alle ulteriori disposizioni, spesso contraddistinte da scarsa sistematicità, aveva fatto seguito un provvedimento che, per qualche mese, ha costituito un punto fermo nella disciplina di settore, il regolamento attuativo dell'art. 23-bis, ossia il D.P.R. n. 168/2010²⁾.

Il decreto in questione confermava la linea di indirizzo volta all'accrescimento della competitività nei servizi economici di interesse generale, pur escludendo l'applicazione della norma con riferimento ai servizi disciplinati da normativa di settore quali la distribuzione del gas naturale e dell'energia elettrica, il trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali.

Rilevante è stata la novità dell'introduzione

della «delibera-quadro», atto da porre in essere prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi pubblici locali, con cui gli enti avrebbero avuto il compito di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando il ricorso alle società *in house* ai soli casi in cui un'apposita analisi di mercato dimostrasse l'inidoneità della libera iniziativa economica privata a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità locale. Inoltre, sulla falsariga dell'art. 113, comma 7, D.Lgs. n. 267/2000, sono stati introdotti gli *standard* qualitativi, quantitativi e ambientali da rispettare nell'indizione delle procedure a evidenza pubblica volte all'individuazione del socio affidatario, nonché specifiche prescrizioni circa il contenuto del bando di gara o della lettera di invito redatti al fine dell'individuazione del socio affidatario, prescrizioni poi in larga parte riproposte nella successiva legge n. 148/2011.

I referendum 2011 e le successive misure

Tuttavia, dopo appena sei mesi, gli esiti referendari del giugno 2011, con l'abrogazione dell'art. 23-bis, hanno portato alla consequenziale caducazione del regolamento attuativo del medesimo articolo, il tutto con decorrenza dal 21 luglio 2011 a seguito della pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* del D.P.R. n. 113/2011 «*Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*».

Conseguentemente, si è venuto a creare un vero e proprio vuoto normativo nella materia dei servizi pubblici locali, peraltro repentinamente colmato dopo appena un mese con l'art. 4, D.L. n. 138/2011 («*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*»), poi convertito in legge n. 148/2011 e modificato in ultimo, tra gli altri, dai DD.LL. nn. 1/2012 e 83/2012, rispettivamente, «de-

2) In *Gazzetta Ufficiale* del 12 ottobre 2010, n. 239.



creto liberalizzazioni” e “crescitalia”.

L'articolo in questione, pur nominato «*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea*», veniva accompagnato da non poche polemiche visto che, nel tentativo di contenere il disorientamento generale in materia, il legislatore era intervenuto riproponendo molte delle disposizioni presenti nell'abrogato art. 23-bis e nel caducato D.P.R. n. 168/2010; tutto ciò, peraltro, in contrasto con il divieto disposto dalla Corte Costituzionale «*di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare*» (si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 32/1993).

Una norma che riproponeva le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, richiamando, dunque, quanto già disposto dall'abrogato art. 23-bis, in merito al rispetto dei principi comunitari di economicità, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nell'indizione di procedure competitive a evidenza pubblica e quanto già prescritto dal D.P.R. n. 168/2010, attuativo dell'art. 23-bis, con riferimento al contenuto del bando di gara.

Qualora, dunque, l'ente locale intendesse procedere all'attribuzione di specifici regimi di riserva, il bando di gara relativo all'affidamento del servizio avrebbe dovuto:

- escludere che il possesso o la mera disponibilità di reti o infrastrutture collegate alla gestione del servizio potesse costituire un elemento favorevole in sede di valutazione delle offerte;
- rispettare il principio comunitario di proporzionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara in relazione al valore del servizio da affidare, definendo l'oggetto della gara stessa in modo tale da garantire la più ampia partecipazione al fine del perseguimento di possibili economie di scala;
- definire la durata complessiva dell'affidamento nel rispetto degli eventuali termini previsti dalla disciplina di settore e, comunque, in misura mai superiore rispetto ai tempi di ammortamento degli investimenti previsti nei capitolati di gara;
- prevedere che la valutazione delle offerte venisse effettuata da un'apposita commissione nominata dall'ente affidante tra

esperti di comprovata specializzazione;

- indicare i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali necessari per la prosecuzione del servizio e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione - pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato; prevedere l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza e qualità.

A questi requisiti se ne erano aggiunti altri due a seguito delle integrazioni all'art. 4, introdotte dall'art. 25, D.L. n. 1/2012:

- il bando avrebbe dovuto prevedere l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, prevedendo, altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti e al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale;
- il bando avrebbe dovuto, altresì, indicare i criteri per il passaggio dei dipendenti dai vecchi ai nuovi aggiudicatari del servizio, prevedendo, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione.

Riproposti, inoltre, anche gli ulteriori requisiti che il bando o la lettera di invito avrebbe dovuto contenere in caso di gara a doppio oggetto, ossia mediante attribuzione, con unica procedura a evidenza pubblica, della qualità di socio con partecipazione al capitale sociale in misura non inferiore al 40% e dell'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio:

- la garanzia della prevalenza dei criteri di tipo qualitativo su quelli relativi al valore delle quote societarie;
- l'espressa indicazione dello svolgimento da parte del socio privato di specifici compiti relativi alla gestione del servizio, pena il ricorso a una nuova procedura di affidamento;
- la fissazione di criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione

Veniva, altresì, ripresentato, seppur con riaggionate scadenze temporali, il regime transi-



torio di adeguamento per gli affidamenti "non conformi", elencazione, dunque, di termini che, in virtù della continua "evoluzione" della normativa di settore, era stata più volte rivista nel corso degli anni dal legislatore, prima con l'art. 23-bis, poi con le norme contenute nel D.P.R. n. 168/2010, quindi mediante l'art. 4, D.L. n. 138/2011, con la precisazione - presente nel testo in vigore prima della dichiarazione di illegittimità della sentenza della Corte Costituzionale in esame - che, in applicazione di quanto stabilito dall'art. 14, comma 32, D.L. n. 78/2010 e s.m.i. le disposizioni in esame non si sarebbero applicate alle società dei comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti - soggetti al divieto di costituzione di società - e a quelli con popolazione compresa fra 30.000 e 50.000 abitanti che avrebbero avuto la possibilità invece di detenere una sola società.

Il 31 dicembre 2012, ad esempio, avrebbero dovuto cessare, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, gli affidamenti diretti *in house* per servizi con valore economico superiore alla somma di 200.000 euro annui con decadenza, dunque, sia degli affidamenti avvenuti in vigenza dell'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000 sia di quelli attribuiti *ex art. 23-bis*, D.L. n. 112/2008, secondo le modalità operative di cui all'art. 4, D.P.R. n. 168/2010, con l'obbligo in capo agli enti affidanti di celebrare, entro questa data, apposita gara nelle forme di cui al comma 8 dell'art. 4 D.L. n. 138/2011 (attribuzione di diritti di esclusiva previa verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale e adozione di apposita delibera quadro da sottoporre al parere obbligatorio dell'AGCM) o al successivo comma 12 (gara a doppio oggetto con l'attribuzione al socio privato di una partecipazione al capitale azionario non inferiore al 40% e di specifici compiti operativi a livello industriale).

La sentenza della Consulta n. 199/2012

Le disposizioni caratterizzanti l'art. 23-bis e in gran parte ripresentate nell'art. 4, osservate sopra, sono state, quindi, oggetto della censura Consulta. In particolare, secondo la Corte, la disposizione impugnata viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare di cui all'art. 75 della

Costituzione; ciò a conferma dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale interno: «*il legislatore pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata*» (C. Cost. n. 33/1993) e «*la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza - da parte del legislatore stesso - dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare*» (sentenza della Corte Costituzionale n. 9/1997)

L'art. 4, aggiunge la Consulta, costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che esso 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*» (sentenza della Corte Costituzionale n. 68/1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

Questa disciplina, prima dell'intervento della Corte, risultava addirittura, nella sua ultima formulazione integrata dai DD.LL. nn. 1/2012 e 83/2012, operare un'ulteriore riduzione della possibilità di ricorso agli affidamenti *in house*, in quanto non solo limita, in via generale, «*l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base a una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*», ma sancisce l'abbassamento del valore economico del servizio entro cui viene consentito l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico; in particolare, non più 900.000.000 euro, secondo quanto stabilito in sede di conversione del D.L. n. 138/2011, ma 200.000,00 euro (da intendere «*al netto dell'IVA, tenuto conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto*»), secondo il principio sancito dall'art. 29, D.Lgs. n. 163/2006): «*tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, e anche - in linea con l'abrogato art. 23-bis - in*



difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza n. 325/2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico, 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) e infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante».

Conclusioni

La dirompente quanto prevedibile pronuncia della Consulta comporta, dunque, il ritorno alla situazione normativa venutasi a determinare con il referendum 2011:

- cassata la legge relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui all'art. 4, D.L. n. 138/2011,
 - si ritorna all'attuazione dei principi comunitari, meno restrittivi e preclusivi, con riferimento all'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico,
- il tutto lasciando intendere l'ennesimo intervento del legislatore, stavolta auspicabilmente più "organico", in un continuo processo di riforma. ●

PROFESSIONI TECNICHE

NOVITÀ

LA NUOVA FORMAZIONE SULLA SICUREZZA SUL LAVORO

di P. Masciocchi

La Guida Pratica offre una chiave di lettura organica ed unitaria delle diverse disposizioni normative e **agevola l'elaborazione di idonei pacchetti formativi conformi alle nuove disposizioni di legge.**

Nel volume vengono riportate le indicazioni e le caratteristiche generali della formazione per tutti i soggetti obbligati: lavoratori, preposti, dirigenti, datori di lavoro che svolgono la funzione di Rspp, addetti alle emergenze, al primo soccorso e alla prevenzione incendi, rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, Aspp e Rspp.

Il Cd include tutto il materiale per erogare i corsi: slide in formato pdf, i test di verifica iniziale e finale, la check list per controllare il corretto adempimento, la modulistica e le guide operative da distribuire in aula.

Completano il cd il testo integrale del D.Lgs. 81/2008 e degli accordi varati e le massime della giurisprudenza più significativa.

Pagg. 199 – € 34,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.
Trova quella più vicina all'indirizzo

www.librerie.ilsole24ore.com

GRUPPO 24 ORE