

CAPITOLO 1

I SERVIZI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione nazionale di servizio pubblico... – 2.1. ...e la definizione europea. – 3. La disciplina nazionale *de jure condito*: il riparto di giurisdizione... – 3.1. ...e la disciplina negli enti locali. – 4. Servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica. – 5. Lo statuto dei servizi di rilievo economico: il regime delle reti. – 6. Le modalità di affidamento dei pubblici servizi. – 6.1. La gara aperta (rinvio). – 6.2. L'affidamento diretto, c.d. *in house providing*. – 6.2.1. Genesi della figura. – 6.2.2. I singoli requisiti dell'*in house*: il controllo analogo. – 6.2.3. La dedizione prevalente. – 6.2.4. Totalità del capitale pubblico. – 7. Le società miste. – 7.1. Le modalità di affidamento del servizio: la selezione del socio privato. – 7.2. Profili applicativi. – 7.3. Lo svolgimento di attività extraterritoriali. – 8. La regolazione e le tutele nei pubblici servizi.

1. Premessa

I servizi pubblici costituiscono una delle materie per le quali è più evidente l'evoluzione ordinamentale degli ultimi vent'anni, caratterizzata, da un lato, da spinte centripete che la vedono assegnata alla gestione degli enti locali, e, dall'altra, dalla necessità di una disciplina unitaria, che obbedisca ai dettami sovranazionali di stampo comunitario. Il confronto normativo e pretorio tipico degli ordinamenti multilivello ha assunto a tratti tinte forti, tanto da indurre il Legislatore a ripetuti interventi, spesso troppo frequenti e poco organici, nel tentativo di restituire all'istituto una razionale e organica base positiva che, allo stato, ancora manca.

Si è passati dalla **individuazione nominale e tipizzata** dei singoli servizi qualificati come “pubblici”, tipica dei primi del Novecento¹, al tentativo di individuare una disciplina generale in materia, specie alla luce della crescente attenzione che all'istituto è stato dedicato dal diritto unionale, in ragione della inevitabile commistione della gestione ed erogazione dei servizi pubblici con i profili concorrenziali di apertura al mercato, su cui si è appuntata l'attenzione dell'Unione Europea.

¹ L. 29 marzo 1903, n. 103 e R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

Tale fermento normativo ha inevitabilmente posto l'accento sulla necessità di una **positivizzazione completa dell'istituto**, che ha tradizionalmente visto accompagnare la sua individuazione pretoria da singole disposizioni di settore e disorganiche: esigenza che è stata infine raccolta dal Legislatore del 2015, il quale, in una più complessiva opera di riammodernamento e “deburocraticizzazione” dell'intero apparato pubblico, ha delegato il Governo ad avviare un lavoro di testunificazione della materia (art. 16 L. n. 124/2015, c.d. *Riforma Madia*). Si tratta, tuttavia, di una delega mai esercitata²: il Testo Unico sui servizi pubblici non è stato mai adottato, con l'inserimento invece di talune disposizioni sulla materia che ci riguarda nel nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) e nel Testo Unico in materia di società partecipate (D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, con il successivo correttivo 16 giugno 2017, n. 100).

Non resta quindi che attendere un nuovo intervento del Legislatore che, con un'opera di semplificazione e razionalizzazione dell'impianto positivo vigente, ponga le basi per una organica e coerente positivizzazione dell'istituto.

2. La nozione nazionale di servizio pubblico...

La consistente evoluzione normativa di cui si è detto in apertura è stata accompagnata dalla radicale trasformazione dello stesso concetto di “servizio”, influenzata, da un lato, dai vincoli europei in materia di mercato e concorrenza, e, dall'altro, dal sopravvenuto dettato Costituzionale, che riserva, in via originaria o derivata, determinate attività di interesse generale alla gestione pubblica³.

Dalla riserva alla mano pubblica delle attività dirette alla produzione di taluni servizi, parte di dottrina e giurisprudenza hanno elaborato una definizione di **“servizio pubblico” in senso soggettivo**, secondo la quale è **pubblico il servizio imputabile esclusivamente allo Stato o ad altro ente pubblico e da questo gestito, direttamente o indirettamente**, finalizzato

² Il decreto è stato ritirato a seguito della pronuncia della Consulta n. 251 del 25 novembre 2016, che ha dichiarato l'incostituzionalità di taluni passaggi procedurali nel conferimento della delega normativa.

³ Si v. il combinato disposto di cui all'art. 43 Cost. (“*A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*”) e 41, comma 3, Cost. (“*La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”).

alla prestazione di utilità di carattere tecnico e materiale a favore dei cittadini *uti singuli* o della collettività indifferenziata⁴.

Tale definizione è stata successivamente superata da quanti⁵ hanno revocato in dubbio l'esistenza di una riserva del servizio in favore di soli enti pubblici, in ragione del combinato disposto di cui agli artt. 2 e 118 Cost., che, consacrando il pluralismo delle istituzioni sociali e il principio di sussidiarietà orizzontale, inscrivono a pieno titolo tra i soggetti attori del cd. "*welfare state*" anche i soggetti privati.

Sono state in tal modo poste le basi per una **definizione oggettiva** di "pubblico servizio", inteso quale attività pubblica o privata destinata a soddisfare fini sociali e soggetta a programmi e controlli ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost. La nozione di servizio pubblico, in definitiva, resta "***incentrata sull'elemento teleologico del soddisfacimento di interessi dei consociati, che prescindono dalla natura pubblica o privata del soggetto che eroga in concreto il servizio***"⁶.

Da ultimo, si è affermata una definizione "**eclettica**" di servizio pubblico, che ha recuperato il profilo soggettivo della gestione del servizio, al fine di restringere l'ambito operativo delle attività individuate dalla sola componente teleologica. Si è chiarito che, **pur se la gestione del servizio può indifferentemente essere affidata a soggetti pubblici o privati, la relativa titolarità deve essere comunque riservata all'Amministrazione pubblica**. L'attività pertanto, deve sì essere rivolta al pubblico (e mai all'Amministrazione) con modalità e secondo canoni ispirati ad una attività di stampo imprenditoriale; e tuttavia, tali attività restano distinte dalle altre a carattere economico svolte dall'Amministrazione, per le quali non sussiste un vero e proprio obbligo di erogazione in capo alla P.A..

Alla luce di tali rilievi, dunque, il servizio pubblico, secondo una concezione moderna e costituzionalmente orientata, può essere definito come un servizio che la P.A. è obbligata a erogare per il soddisfacimento di interessi dei consociati, in via diretta, ovvero mediante la concessione del medesimo a soggetti privati, ferma restandone, in ogni caso, la titolarità in capo all'Amministrazione.

2.1. ...e la definizione europea

Si è detto che la disciplina della materia dei servizi pubblici si presenta come "multilivello", in quanto la normativa nazionale è compendiata (e vincolata) dalle disposizioni comunitarie in materia.

⁴ Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090.

⁵ U. Pototshing, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

⁶ F. Caringella, *Mauale di diritto amministrativo*, Roma, 2017, 1011.

In particolare, il **Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea** reca indicazioni in merito alle modalità secondo cui gli Stati membri devono organizzare e gestire i servizi di interesse pubblico, facendo salvi i limiti imposti a tutela della concorrenza e affermando i valori dell'efficienza, della qualità, della sicurezza e della prossimità all'utente dei servizi, rimettendo al Parlamento e al Consiglio, da un lato, e agli Stati membri, dall'altro, il compito di definire nel dettaglio i principi e le condizioni inerenti alla prestazione di tali servizi e la piena discrezionalità, normativa e amministrativa, nell'attuazione degli stessi (artt. 14, 93 e 106 TFUE).

Tale definizione di "servizio pubblico" non coincide perfettamente con quella nazionale: di qui, pertanto, la necessità di individuare l'ambito di coincidenza delle due nozioni e, conseguentemente, della relativa disciplina applicabile.

In dettaglio, il diritto unionale prende in considerazione i soli "**servizi di interesse economico generale**", ossia quei servizi, gestiti in forma imprenditoriale, che assumono la denominazione di "servizi economici, industriali o commerciali", per i quali l'art. 106 T.F.U.E. afferma la prevalenza di un modello di tipo concorrenziale, riservando la gestione alla P.A. solo ove il mercato non sia in grado di soddisfare le esigenze dei cittadini.

Il diritto comunitario, dunque, opera un capovolgimento di prospettiva rispetto all'impostazione classica del nostro ordinamento nazionale, ipotizzando un modello di gestione diretta quale deroga all'ordinario regime di concorrenza che deve governare anche i servizi di interesse economico generale.

Restano fuori dall'obbligo di apertura al mercato i soli servizi di interesse generale non economico (o "**servizi universali**"), per i quali l'assenza di un profilo economico esclude il ricorso al mercato mediante procedure comparative.

Le due nozioni comunitarie sopra richiamate rappresentano rispettivamente l'area esterna e l'area interna della nozione di servizio pubblico, entrambe connotate dalla presenza di una più o meno rilevante ingerenza pubblica, che si traduce nell'attribuzione in capo alle PP.AA. di strumenti di verifica e controllo delle attività in questione⁷.

⁷ I due istituti comunitari sono stati infine recepiti, a livello definitorio, dall'art. 2, comma 1, D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. in materia di società partecipate) che definisce "servizi di interesse generale" "*le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di*

3. La disciplina nazionale *de jure condito*: il riparto di giurisdizione...

La mancanza di una compiuta disciplina normativa di riferimento sui servizi pubblici ha creato spesso forti incertezze sullo statuto da applicare alla materia in esame.

La prima normativa che si è interessata a livello generale dei s.p. era costituita dall'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, che, tuttavia, prendeva in considerazione la nozione di servizio pubblico **ai soli fini del riparto di giurisdizione**⁸.

In mancanza di una definizione sostanziale di “servizio pubblico”, la giurisprudenza si è a lungo confrontata sul tema, poiché il perimetro applicativo della disposizione in esame poteva avere una portata assai diversa, estendendosi o restringendosi a seconda dell'adesione alla nozione soggettiva⁹ od oggettiva¹⁰ di servizio pubblico.

Com'è noto, la norma in esame è stata dichiarata **costituzionalmente illegittima** dalla Consulta con la storica decisione n. **204/2004**, che ha stabilito che *“la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del G.A. se in essa la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo, ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge [...] di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo comunque presupposto, se si vale di tale facoltà; pertanto, sono incostituzionali, per violazione degli art. 22, 102 e 103 Cost., i commi 1 e 2 e dell'art. 33, D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80[...] nella parte in cui prevedono che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. ‘tutte le controversie sui pubblici servizi, ivi compresi quelli...’, anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi escluse quelle su indennità, canoni ed altri corrispettivi [...], ovvero relative a provvedimenti adottati dalla P.A. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla citata L. n. 241 del 1990 ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”*.

interesse generale” (lett. h)), e qualifica i “servizi di interesse economico generale” i “servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato” (lett. i)).

⁸ Disponeva espressamente la norma che *“Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla L. 14 novembre 1995, n. 481”*.

⁹ Cass., S.U., 30 marzo 2000, n. 71; Id., 30 marzo 2000, n. 72.

¹⁰ Cons. St., Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1.

L'effetto prodotto dalla declaratoria di incostituzionalità è stato duplice: da un lato, ha affermato un criterio di attribuzione generale alla giurisdizione esclusiva del G.A.; dall'altro, ha conservato la tipizzazione della G.E.A. in riferimento ad alcuni, specifici servizi pubblici.

Emerge con chiarezza, dunque, l'adesione del Giudice delle Leggi ad una **nozione eclettica di pubblico servizio**, che coniuga il profilo soggettivo della natura pubblica del gestore con quello teleologico delle finalità del servizio erogato.

La lettura fornita del Giudice delle Leggi è stata recepita dall'art. 133, co. 1, lett. c, c.p.a., il quale devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”*.

3.1. ...e la disciplina negli enti locali

Ulteriore disposizione di particolare importanza nella ricostruzione della nozione di pubblici servizi è l'art. 112 T.U.E.L. (D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), ai sensi del quale *“gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

La norma, come già anticipato, manca di una chiara definizione di servizio pubblico, lasciando pertanto alla **elaborazione pretoria** il compito di individuare le condizioni e i presupposti fondanti la legittimazione degli enti locali a istituire servizi pubblici locali.

La norma, in dettaglio, sembra legittimare gli enti locali a qualificare come servizi pubblici locali – con la conseguente soggezione al relativo statuto giuridico – le attività che incidono in via diretta sulla comunità locale, finalizzate a rispondere a primarie esigenze della collettività, in attuazione del **principio di sussidiarietà** consacrato dall'art. 118 Cost.

In omaggio alla teoria eclettica, la decisione dell'ente locale di assumerne la titolarità non vale a qualificare, per ciò solo, il servizio in termini pubblici: il rigoroso accertamento dell'utilità collettiva deve accompagnarsi a caratteri oggettivi del servizio, tali da soddisfare bisogni fondamentali ed inderogabili della comunità locale, che non possono trovare adeguata risposta nella libera iniziativa privata.

4. Servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica

Nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali assume fondamentale rilevanza la **distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica**.

Si tratta di una differenziazione che ricalca da vicino la distinzione di matrice europea tra servizi di interesse economico generale e servizi universali.

I due istituti sono recati dagli artt. 113 e 113-*bis* T.U.E.L., rispettivamente disciplinanti i servizi con e privi di rilevanza economica.

Principiando da questi ultimi, l'**art. 113-*bis*** sul punto disponeva che gli stessi potevano essere gestiti mediante affidamento diretto a istituzioni o aziende speciali, anche consortili, ovvero a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La disposizione in esame è stata tuttavia **dichiarata incostituzionale** dalla Consulta, **con sentenza n. 272/2004**, in quanto la disciplina ivi recata non è giustificata dalla "*esigenza di tutelare la concorrenza, infatti relativamente ai servizi pubblici, privi di rilevanza economica, sono inapplicabili i principi comunitari in tema di concorrenza*".

Ne deriva una netta differenziazione disciplinatoria tra i servizi, a seconda della loro rilevanza economica: mentre per i servizi a rilevanza economica trova applicazione la disciplina recata dall'art. 113 T.U.E.L., per i servizi privi di rilevanza economica la stessa può essere derogata dalle Regioni a favore di una gestione diretta del servizio ovvero mediante affidamento diretto del medesimo, in quanto la mancanza di profili economici sottrae gli Enti all'obbligo di apertura al mercato mediante procedure comparative ad evidenza pubblica. Tutti obblighi che, invece, restano intatti in caso di servizi a rilevanza economica, per i quali proprio la connotazione economica del servizio impone, in ossequio ai dettami comunitari, l'apertura ai meccanismi competitivi di apertura al mercato mediante procedure ad evidenza pubblica.

È evidente, a questo punto la centralità del *discrimen* tra servizi con e privi di rilevanza economica, essendo la caratterizzazione del servizio destinata ad incidere significativamente sulle forme di gestione concretamente percorribili.

In mancanza di una espressa indicazione normativa sul punto, l'elaborazione dottrina e pretoria ha individuato **due distinti criteri discretivi**.

Una prima ricostruzione, per delimitare l'area dei servizi privi di rilevanza economica, fa riferimento alla categoria dei cc.dd. "**servizi sociali**",

ovvero a quelle attività rivolte alla soddisfazione dei bisogni primari della persona, in base al disposto di cui all'art. 112 T.U.E.L., che contiene un espresso richiamo ai “*servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali*”, di cui agli artt. 2 e 3 Cost.¹¹.

Una diversa ricostruzione, invece, mutua il concetto di attività economica dalla definizione di “imprenditore” recata dall'**art. 2082 c.c.**, a mente del quale “*È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”. Applicando l'invocata disposizione normativa alla fattispecie in esame, deriva che possono essere considerati “servizi pubblici a rilevanza economica” quelle attività per le quali l'ente locale ha scelto un **modello gestionale di carattere imprenditoriale, finalizzato alla produzione di utili che coprano almeno i costi di gestione**¹².

Ulteriori dubbi applicativi, poi, hanno riguardato le **modalità di accertamento dell'economicità del servizio**, non essendo chiaro se tale accertamento debba operarsi in astratto (con riferimento alle caratteristiche astrattamente afferenti al servizio), ovvero in concreto.

Anche a tale quesito ha fornito risposta il **Giudice delle Leggi**¹³, il quale ha chiarito che la natura economica del servizio non può che essere verificata “*solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato [...]. Ciò però non significa che l'economicità dell'interesse si debba determinare ex post, esclusivamente in base a tali indici, e cioè a séguito di una scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio. Al contrario, nel diverso caso in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l'affidamento della sua gestione – occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo*”.

Sul piano squisitamente applicativo, la Corte individua **due caratteristiche** che assegnano al servizio natura economica:

“a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità;

¹¹ Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7.

¹² T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 28 maggio 2014, n. 1356.

¹³ Corte Cost. n. 325/2010.

b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)”.

Ne deriva che il servizio ha rilevanza economica anche ove, “**per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un «mercato a monte», e cioè un mercato “in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi» agli utenti**”¹⁴.

5. Lo statuto dei servizi di rilievo economico: il regime delle reti

Come anticipato, in attesa della testunificazione della materia, la norma fondamentale in materia di servizi pubblici è recata dall'art. 113 T.U.E.L.

Con tale disposizione, più volte incisa da numerosi interventi di riforma e da talune pronunce del Giudice delle Leggi, il Legislatore individua due momenti fondamentali e tra loro complementari nella disciplina della materia: lo statuto giuridico delle reti i modelli di gestione dei servizi.

L'erogazione di taluni servizi, invero, richiede una **specifica infrastruttura** (la “rete”, appunto: si pensi ai servizi di erogazione di acqua o di gas), che, in ragione della natura pubblica del servizio, ne mutua la natura.

In dettaglio, il comma 2 dell'art. 113 T.U.E.L., fa divieto agli Enti locali di cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, salvo che le medesime vengano trasferite in favore di società a capitale interamente pubblico ed incedibile a soggetti privati.

6. Le modalità di affidamento dei pubblici servizi

Ferma restando la inalienabile proprietà delle reti in capo all'ente pubblico titolare del servizio, il Legislatore provvede poi ad individuare i modelli di gestione del servizio.

¹⁴ Corte Cost., n. 325/2010, cit.

L'attuale configurazione delle modalità di gestione del servizio è frutto di una lunga e complessa evoluzione normativa: la disciplina originariamente dettata dall'art. 113, co. 5, TUEL è stata dapprima incisa dall'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, conv. dalla L. n. 133/2008 e successivamente attuato con il regolamento di cui al d.P.R. n. 168/2010; a seguito dell'abrogazione referendaria del citato art. 23-*bis*, la materia è stata nuovamente normata dall'art. 4, comma 13, del D.L. n. 138/2011. Il nuovo impianto normativo è stato ulteriormente modificato dall'intervento del Giudice delle Leggi, che, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle nuove disposizioni. Numerose disposizioni in materia, infine, sono state introdotte dal novo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) e dal Testo Unico in materia di società partecipate (D. Lgs. n. 175/2016).

Attualmente, il Legislatore individua **tre diversi modelli di gestione** del servizio:

- l'affidamento ad un gestore privato, mediante il ricorso a meccanismi competitivi di apertura al mercato;
- l'autoproduzione;
- le società miste, a partecipazione pubblico-privata.

6.1. La gara aperta (rinvio)

Innanzitutto, la più "naturale" modalità di conferimento del servizio è costituito dall'**affidamento ad un operatore economico individuato mediante gare ad evidenza pubblica**: recependo l'impostazione comunitaria in materia di apertura al mercato, dunque, forma di affidamento in parola richiede l'applicazione delle ordinarie disposizioni recate dal Codice dei Contratti pubblici per la selezione dei contraenti con la P.A.

Per un approfondimento degli istituti in questione si rinvia al volume III della presente collana: *"Il sistema del diritto amministrativo 3. I nuovi contratti pubblici"*.

6.2. L'affidamento diretto, c.d. in house providing

La lettera c) del comma 5 dell'art. 113 prevedeva, quale forma alternativa di gestione del servizio, il conferimento del medesimo *"a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"*.

Si tratta del c.d. *"in house providing"*, istituto da sempre oggetto di un crescente interesse di dottrina e giurisprudenza, con riferimento a natura dogmatica e presupposti applicativi.

Il particolare interesse che desta l'istituto è testimoniato dai **numerosi interventi legislativi** che si sono succeduti sul punto, peraltro nel giro di pochi anni: a seguito dell'abrogazione parziale dell'art. 113 ad opera dell'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008 e dell'art. 12 del successivo regolamento di attuazione di cui al D.P.R. n. 168/2010, la materia è stata successivamente regolamentata dall'art. 4, comma 13, del D.L. n. 138/2011, che aveva ammesso l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico *in house* come opzione eccezionalmente praticabile nei soli casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui¹⁵.

Tale scenario ha subito profondi mutamenti a seguito della pronuncia della **Consulta** che, con sentenza **20 luglio 2012, n. 199**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione in discorso. Anche il successivo intervento del legislatore, attuato con D.L. 6 luglio 2012, n. 95 è stato attinto da una successiva declaratoria di incostituzionalità con pronuncia della Consulta 23 luglio 2013, n. 229.

Allo stato, dunque, i diversi tentativi di normare l'istituto, risolvendo le numerose questioni dogmatiche e applicative sul tappeto, non ha avuto esito positivo: i tanti interventi normativi sul punto sono stati a più riprese attinti da censure di incostituzionalità; è inoltre naufragato anche il recente tentativo del Legislatore di porre mano ad un Testo Unico sui servizi pubblici, delegato al governo dalla Legge Madia, che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità di talune disposizioni della legge delega¹⁶, ha visto scadere infruttuosamente i termini per il suo esercizio.

Un risultato di **parziale positivizzazione** dell'istituto, tuttavia, è stato raggiunto con l'intervento di due ulteriori testi normativi: il **nuovo Codice dei contratti pubblici** (D. Lgs. n. 50/2016), che ha positivizzato l'istituto dell'*in house*, e il **Decreto attuativo della Legge Madia** in materia di società partecipate (D. Lgs. n. 175/2016), che ha introdotto diverse novità in materia di autoproduzione di servizi, recependo molte delle indicazioni pretorie fornite su tratti caratterizzanti ed elementi costitutivi.

6.2.1. *Genesis della figura*

Anche per l'istituto dell'*in house providing*, come per quella di servizio pubblico, la mancanza di una definizione normativa ha reso particolarmente difficile una sua esatta definizione.

¹⁵ Somma così rideterminata dall'art. 25, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. Manovra Monti, in luogo dell'originaria soglia individuata in € 900.000,00.

¹⁶ Corte Cost., 25 novembre 2016, n. 251, cit.