

Il covid-19 e la gestione dei servizi pubblici locali

Sergio Marotta - 30/10/2020 [social and political notes]

La tutela della concorrenza rimane un parametro di riferimento per la giurisprudenza costituzionale

Se qualcuno sperava che il **Covid-19** avrebbe in qualche modo sgretolato la granitica convinzione che il mercato sia il principale – se non l'unico – strumento di allocazione delle risorse, bisogna rilevare che i primi segnali, almeno dal punto di vista della cultura giuridica, non sono incoraggianti.

Ad esempio, se si guarda al settore della gestione dei servizi pubblici locali, che pure è essenziale per affrontare e risolvere le questioni legate alla complessa gestione dell'emergenza da Covid-19, non si rileva alcuna nuova tendenza verso il ritorno a una gestione pubblica. Anzi, continuano i segnali che tendono a ostacolare e a rendere più difficile qualunque tipo di ritorno al pubblico anche nella forma "privatistica" e più vicina al mercato che è quella dell'*in house providing*, cioè dei servizi pubblici forniti attraverso società di capitali totalmente controllate dalle amministrazioni locali.

È il caso della recente sentenza della Corte costituzionale, n. 100 del 27 maggio 2020, in materia di *in house providing* che ribadisce la legittimità della scelta del legislatore italiano di imporre alla PA l'obbligo di una motivazione rafforzata nel caso in cui intenda produrre in proprio i servizi per i cittadini.

Dichiarando infondata la questione di costituzionalità sollevata dal TAR Liguria, la Corte costituzionale ha salvato la norma contenuta nell'art. 192, 2 comma del decreto legislativo 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), che prevede l'obbligo di motivazione nel caso di affidamento diretto di un appalto o di una concessione di un servizio pubblico locale di rilevanza economica a una società *in house*. Secondo il Giudice delle leggi, l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza.

Ovviamente nulla di nuovo: si tratta dell'ennesima conferma di una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata che ritiene che il legislatore stabilendo l'obbligo di motivazione nel caso della scelta della gestione diretta per fornire un servizio pubblico locale agisca nell'ambito della discrezionalità che il diritto dei Trattati riserva agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati dell'Unione europea. Insomma la Corte costituzionale non fa altro che confermare che i singoli Stati nazionali possano legittimamente fare delle scelte pro-mercato anche al di là di quanto richiesto dal diritto dell'Unione europea.

Il legislatore italiano, nonostante tutto, rimane decisamente favorevole all'idea che il mercato sia la forma più efficace ed efficiente per fornire servizi ai cittadini e che la regola della concorrenza tra operatori sia la più efficace per raggiungere l'efficienza anche nella gestione dei servizi ai cittadini.

Non è superfluo ricordare che l'obbligo di motivazione per la decisione di non rivolgersi al mercato e cioè per mantenere la gestione pubblica nasce, in realtà, nel periodo di maggior pressione politica verso la liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali, quando con l'art. 23-bis del cosiddetto decreto Ronchi del 2008 la gestione pubblica veniva ridotta a una semplice eccezione ai modi ordinari di affidamento dei servizi pubblici locali. Nello schema del legislatore del 2008, infatti, i modi ordinari di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica erano quelli della procedura di evidenza pubblica, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, ovvero attraverso il partenariato pubblico privato e cioè attraverso società miste a condizione che la selezione del socio privato avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e che al socio fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

L'*in house providing*, come unica forma di gestione pubblica, costituiva, dunque, un'eccezione alla regola della gara per l'individuazione dell'impresa privata o del socio privato di una società mista. Ed essendo una deroga ai modi ordinari di

gestione doveva essere adeguatamente motivata.

Il famigerato decreto Ronchi, abrogato dal referendum del 2011, prevedeva che l'ente affidante dovesse dare un'adeguata pubblicità alla scelta «motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo».

Insomma la motivazione per mantenere la gestione in mano pubblica è necessaria, secondo un Legislatore pregiudizialmente schierato dalla parte del mercato, nel caso assolutamente eccezionale che un'amministrazione locale decida di ricorrere all'autoproduzione dei servizi.

Come già accennato, l'art. 23-bis è stato abrogato dal referendum del 12 e 13 giugno 2011 come ricorda anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 27 maggio 2020.

La Corte, inoltre, fa giustamente rilevare che l'obbligo di motivazione nel caso di affidamento *in house* previsto dall'art. 192, comma 2 del decreto 50 del 2016 è basato sulla medesima ratio di una norma precedente e cioè l'art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179

(Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Quest'ultima disposizione, in realtà non faceva altro che riproporre la stessa *ratio* già contenuta proprio nel decreto Ronchi. Il legislatore del 2012 giustificava però 'ipocritamente' l'obbligo di motivazione sostenendo che avesse lo scopo di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e per garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento.

Tuttavia la Corte costituzionale omette di ricordare che dopo i referendum del 2011, il governo aveva reintrodotta, con l'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 proprio la medesima disciplina abrogata con il referendum popolare limitandosi ad escludere dall'applicazione della normativa il settore dei servizi idrici.

In quel decreto varato dal governo Berlusconi si riproponeva all'art. 4 sotto la rubrica "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea" ai commi 1 e 2 proprio l'obbligo di motivazione specificando che gli enti locali dovevano verificare «la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità».

Solo che proprio la Corte Costituzionale, con sentenza 17-20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 per violazione dell'art. 75 della Costituzione in quanto la nuova norma riproduceva la medesima ratio e in qualche passaggio addirittura la medesima lettera del testo dell'art. 23-bis oggetto di abrogazione referendaria.

Insomma volendo seguire quanto stabilito dalla giurisprudenza costituzionale, il legislatore dell'ottobre del 2012 – il decreto legge segue di soli due mesi la sentenza n. 199 del mese di luglio – e quello del 2016 non avrebbero potuto reinserire nella disciplina sugli affidamenti *in house* una condizione che era stata bocciata dal referendum del 2011.

A ciò si aggiunga che l'obbligo di motivazione aggravata nel caso di ricorso alla gestione diretta attraverso l'*in house providing* non è affatto previsto dalla disciplina dei Trattati Ue che anzi considerano le forme di autoproduzione da parte delle amministrazioni locali come una delle modalità pienamente legittime per fornire servizi ai cittadini.

L'obbligo di motivazione per la scelta della gestione diretta si inserisce quindi nell'ottica di un legislatore che considera il mercato come strumento generale di allocazione di beni e servizi mentre gli altri sistemi di allocazione vengono considerati soltanto come eccezioni. Soltanto così può spiegarsi come, in un'epoca in cui tutti sono d'accordo sulla necessità di una generalizzata semplificazione delle procedure amministrative, si consideri, invece, pienamente giustificato un aggravamento delle procedure stesse solo per quelle pubbliche amministrazioni che intendano sottrarsi al mercato per fornire direttamente servizi essenziali.

L'efficienza è ancora il parametro principale anche per il Consiglio di Stato

Anche il Consiglio di Stato in una recente sentenza^[1] si occupa del rapporto tra diritto ed economia misurandosi con il concetto di efficienza nella gestione dell'acqua. Il caso trattato dal Giudice amministrativo è quello Comune di Marone in provincia di Brescia – poco più di 3000 abitanti che vivono sulla riva del lago d'Iseo – che sin dal 2011, anno dei referendum sull'acqua pubblica, aveva avanzato all'Ufficio d'Ambito competente la richiesta di continuare a gestire in proprio i servizi idrici senza entrare nella gestione unica dell'ambito di appartenenza. Tale possibilità è sancita dall'art. 147, comma 2-bis, del Codice dell'ambiente come modificato nel 2015 dal governo Renzi, che prevede alla lettera b) la salvaguardia delle gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti per quei comuni «che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti».

La decisione del Tar in primo grado e poi in appello del Consiglio di Stato è singolare perché basata proprio sulla valutazione dell'efficienza del servizio reso dal Comune attraverso la propria azienda *in house*. Respingendo il ricorso del comune di Marone, il Consiglio di Stato chiarisce che «l'efficienza è uno dei presupposti per poter configurare l'eccezione della gestione autonoma del servizio idrico integrato (SII), che, altrimenti, per regola generale, deve essere unitaria. La fattispecie prevista dall'art. 147, comma 2 -bis del d.lgs. n.152/2006 consente, infatti, solo in casi eccezionali a singoli Comuni la gestione in forma autonoma del SII; si tratta di norma derogatoria ed eccezionale, che deve essere interpretata in modo rigoroso e restrittivo, atteso che una più ampia interpretazione comporterebbe l'effetto di vanificare il principio dell'unicità di gestione per ambiti territoriali ottimali, riducendone fortemente la portata applicativa».

Insomma un Comune come quello di Marone di tremila anime che vivono sulle colline del lago d'Iseo e può disporre di fonti d'acqua autonome e che ha sempre gestito in proprio il servizio di fornitura dell'acqua per i propri abitanti non può continuare a farlo perché la gestione comunale è considerata inefficiente dagli Uffici tecnici dell'ambito territoriale, cioè dagli uffici di quello stesso ente che ha già deciso l'indizione di una gara per l'affidamento del servizio idrico integrato a una società mista pubblico/privato.

La sentenza del Consiglio di Stato è significativa perché conferma il ribaltamento di paradigma che abbiamo visto realizzarsi negli anni del trionfo del mercato: si è passati dalla convinzione che «ciò che è legale per ciò stesso va ritenuto efficiente» alla attuale convinzione – una sorta di giusnaturalismo neoliberalista, potrebbe dirsi – che «solo ciò che è efficiente può essere considerato legale»^[2].

In altre parole la decisione politica di un ente locale che si trovi nelle condizioni eccezionali previste dalla legge per mantenere una gestione autonoma deve fare i conti con un giudizio sull'efficienza che nel caso esaminato «non essendo illogico, è anche insindacabile, – sono ancora parole del giudice amministrativo – perché di natura spiccatamente discrezionale, essendo stato espresso dall'amministrazione con riferimento a profili di alta tecnicità».

Qualche considerazione conclusiva

Nonostante l'emergenza Covid-19 abbia mostrato drammaticamente tutti i limiti del modello economico dell'austerità e riportato l'attenzione sulla necessità di una gestione pubblica diretta di alcuni servizi essenziali primo fra tutti la sanità, l'antico pregiudizio di considerare il mercato come la panacea di tutti i mali continua a sussistere soprattutto nei settori di attività solo indirettamente coinvolti dall'emergenza.

Le sentenze esaminate della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato dimostrano che il paradigma ancora seguito è quello consolidato della giurisprudenza degli ultimi trent'anni che individua nel mercato e nella concorrenza il parametro principale per l'allocazione delle risorse. Insomma il diritto dimostra di non aver cambiato i paradigmi interpretativi di fondo che lo hanno caratterizzato negli ultimi anni.

Forse è ancora troppo presto perché il cambio nel modo di pensare all'economia provocato dalla tragica emergenza pandemica possa in qualche modo trovare ingresso nella legislazione e nella giurisprudenza. Eppure un grande giurista austriaco, Karl Renner, che fu Cancelliere e Presidente della Repubblica del suo paese, sosteneva che gli istituti giuridici potessero cambiare la propria funzione senza che cambi in nulla la lettera del testo delle norme giuridiche che li disciplinano^[3].

Certo quando Renner scriveva queste cose pensava ad archi temporali più lunghi perché potesse cambiare l'interpretazione della sostanza di un testo normativo. Ma l'accelerazione generalizzata del mutamento sociale in tutti gli ambiti di attività ha ridotto notevolmente il periodo necessario a cambiare il senso di una norma scritta.

Ciò è ancor più vero per le norme costituzionali che, notoriamente, individuano principi e indicano direzioni al più elevato livello di astrattezza e di generalità. Un esempio di ciò si può trovare negli articoli 41, 42 e 43 della nostra Costituzione che sono stati interpretati dapprima come solido fondamento di politiche pubbliche dirette alla nazionalizzazione dei grandi servizi pubblici – si pensi ad esempio all'energia elettrica all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso – e poi in un modo esattamente contrario a partire dagli anni Ottanta e Novanta quando cominciava a soffiare con forza il vento mercatista e si procedeva alla privatizzazione di interi settori industriali e di attività economiche che fino ad allora erano rimaste saldamente in mani pubbliche.

Non si comprende dunque perché, in tempi di emergenza dovuti alla pandemia da Covid-19 non si possa procedere a una nuova interpretazione dei testi normativi che porti a rivalutare il ruolo della gestione dei servizi essenziali e che, soprattutto, porti a riflettere sui principi costituzionali che possono restituire un giusto orientamento dell'azione pubblica nell'interesse della collettività.

John Kenneth Galbraith, uno dei più importanti economisti del Novecento, già alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, ammoniva gli studiosi di tutte le discipline sostenendo che «la forza delle idee è notevole soltanto in un mondo che non subisce cambiamenti, perché le idee sono per loro natura conservatrici. Esse non soccombono sotto i colpi di altre idee, ma sotto la pressione di avvenimenti con cui non possono lottare»^[4].

Sembra, invece, che nonostante le forti richieste di intervento dello Stato per far ripartire l'economia messa in ginocchio dal coronavirus, rimanga in piedi una sorta di pesante ipoteca che grava sul modo di pensare di economisti, giuristi, sociologi e altri studiosi che non riescono a liberarsi dell'idea che il mercato sia la forma migliore per utilizzare le scarse risorse che restano ancora all'umanità.

[1] Cons. di Stato, Sez. V, 26.8.2020 n. 5237.

[2] R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*,

Rimini, Maggioli, 2016, 25.

[3] Si veda K. Renner, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1981 (ed.or. 1929).

[4] J. K. Galbraith, *La società opulenta*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 2014 [ed.or. *The Affluent Society*, Harcourt Publishing Company, 1958].