

La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 1° aprile 2011, n. 2012), ha esplicitamente escluso che l'art. 23bis, comma 9, d.l. 112/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. 135/2009 (norma che preclude l'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, con o senza gara, ai soggetti che gestiscono servizi pubblici locali ad essi affidati senza il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica: cfr. Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850), applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, possa trovare applicazione anche nelle gare, come quella in esame, che abbiano ad oggetto il mero appalto di un servizio. "Partendo dalla nozione comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza del servizio pubblico locale (in contrapposizione a quella di appalto di servizi)", è stato osservato che tale natura va riservata "a quelle attività che sono destinate a rendere un'utilità immediatamente percepibile ai singoli o all'utenza complessivamente considerata, che ne sopporta i costi direttamente, mediante pagamento di apposita tariffa, all'interno di un rapporto trilaterale, con assunzione del rischio di impresa a carico del gestore". Il requisito essenziale della nozione di servizio pubblico locale sta quindi nel fatto "che il singolo o la collettività abbiano a ricevere un vantaggio diretto e non mediato da un certo servizio, escludendosi, di conseguenza, che ricorre servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività. In quest'ultimo caso si parla, infatti, di mero appalto di servizi e non di servizio pubblico locale", caratterizzato dal carattere bilaterale del rapporto e dall'assenza di qualunque diretto beneficio dell'utenza. Il che porta ad escludere che il "mero appalto di servizi" rientri nell'ambito di operatività dell'art. 23 bis, che riguarda, invece, "l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nell'intento di garantire, da una parte, la più ampia diffusione dei principi di concorrenza e, dall'altra, un'adeguata tutela degli utenti, sicché non trova applicazione laddove il servizio dedotto in contratto non sia qualificabile come servizio pubblico locale". La decisione in parola ha espressamente disatteso l'affermazione secondo cui, anche se quello oggetto di gara non fosse qualificabile come servizio pubblico locale bensì come appalto di servizi, nulla muterebbe rispetto al divieto di svolgere lo stesso e ciò per espressa previsione legislativa ("né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici...né partecipando a gare"), visto che "tale interpretazione estensiva della norma si pone in contrasto con tutto l'impianto normativo dell'art. 23 bis e con la ratio stessa della norma", stabilendo il primo comma che le disposizioni del suddetto articolo "disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", sicché ne è esclusa l'applicazione agli appalti di servizi, trovando tale conclusione conferma "nella costante giurisprudenza che ha chiarito che solo in presenza di servizi pubblici locali si può applicare la speciale disciplina sancita prima dall'art. 113 e successivamente dall'art. 23 bis che lo ha di fatto sostituito".