



Struttura Territoriale Emilia-Romagna, Toscana, Umbria e Marche

CORSO

Servizi di rilevanza economica. Modifiche all'art. 23 bis del D.L. 112/08 convertito in Legge 133/2008

Massimiliano Lombardo

**I servizi pubblici di rilevanza economica.
La distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi
pubblici privi di rilevanza economica.
La disciplina applicabile ai servizi privi di rilevanza economica.**

Falconara Marittima (AN), 15 febbraio 2010

Indice

1. La distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi pubblici privi di rilevanza economica
2. La disciplina applicabile ai servizi privi di rilevanza economica

1. La distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi pubblici privi di rilevanza economica.

La L. 28 dicembre 2001, n. 448, modificando l'art. 113 TUEL, ha inserito l'art. **113bis** che ha introdotto la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale", assoggettando i primi al regime di concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica e prevedendo per i secondi l'affidamento diretto.

In seguito, il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, (convertito nella Legge 24 dicembre 2003 n. 350), ha sostituito alla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale/non di rilevanza industriale quella tra servizi pubblici "a rilevanza economica" e servizi pubblici "privi di rilevanza economica", con ciò mostrando l'intento di superare la distinzione dei servizi pubblici basata esclusivamente sul modo tecnico in cui il servizio pubblico viene prodotto, cioè sul suo carattere strutturale e di produzione.

Il testo dell'art. 113 bis prevedeva, (prima di essere sottoposto al vaglio della Consulta) la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica mediante affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali, anche consortili, società a capitale interamente pubblico controllate dagli enti locali, ovvero, in caso di modeste dimensioni del servizio o caratteristiche che lo rendessero opportuno, in economia, confermando la possibilità di affidamento diretto dei servizi culturali anche ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli enti stessi. L'art. 113 bis del d.lgs. n. 267/2000 costituiva, infatti, norma derogatoria e di carattere eccezionale consentendo di affidare in concessione pubblici servizi ad uno specifico soggetto economico (la società a capitale interamente pubblico) senza dover ricorrere alle procedure di evidenza pubblica che, altrimenti, dovrebbero necessariamente connotare l'affidamento in concessione di un pubblico servizio, indipendentemente anche dall'operatività o meno, nel settore specifico di cui si tratta, delle norme o dei principi di fonte comunitaria.

Mentre nel caso dei servizi locali di rilevanza economica l'art. 113 prevede sostanzialmente l'affidamento mediante gara, l'art. 113 bis, per l'appunto, per i servizi privi di rilevanza economica disponeva la gestione mediante affidamento diretto senza gara.

Le due discipline sono sempre state ispirate a due differenti fili conduttori, perché mentre per i servizi aventi rilevanza economica l'elemento ispiratore è costituito dalla tutela della concorrenza nell'erogazione, nel caso invece dei servizi privi di rilevanza economica le esigenze della concorrenza appaiono sensibilmente temperate dall'esigenza di dare massima espressione alla dimensione sociale, che in questi servizi assume grande rilievo.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 272/2004, ha dichiarato l'incostituzionalità del citato art. 113bis del TUEL in materia di servizi privi di rilevanza economica, in quanto, nella valutazione della Corte, **questi servizi non attengono alla tutela della concorrenza** (come invece i servizi di rilevanza economica) e perciò la relativa disciplina **non** spetta alla competenza statale ex art. 117 Cost..

Poiché, quindi, come osservato dalla pronuncia in commento, nell'ambito dei servizi di rilevanza non economica non si pone un problema di tutela della concorrenza, l'intervento legislativo censurato esula certamente da tale materia, determinando così un'evidente invasione da parte dello Stato della competenza legislativa spettante all'autonomia regionale.

A tale proposito la Corte ha opportunamente richiamato il “*Libro Verde sui servizi di interesse generale*” del 21 maggio 2003, in cui la stessa Commissione Europea ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”.

Emerge, pertanto, come la distinzione tra le differenti nature di servizio pubblico locale (con o senza rilevanza economica) sia di fondamentale importanza in quanto ad essa sono ricollegate modalità di gestione completamente differenti.

Viene, pertanto, in rilievo l’esigenza di individuare, al fine dell’applicazione dello stesso art. 23bis di recente introduzione, i criteri in base ai quali distinguere i servizi pubblici di rilevanza economica dai servizi pubblici privi di rilevanza economica.

In assenza di una disposizione legislativa che ne fornisca la definizione, al fine di delineare i tratti distintivi delle due diverse tipologie di servizi, in soccorso è intervenuta la giurisprudenza nazionale e comunitaria con l’enucleazione di “indici” della rilevanza economica dei servizi pubblici locali.

In particolare, muovendo dalla costante giurisprudenza comunitaria, spetta al legislatore nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche all’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001; Corte Cost. n°272/2004).

Il riferimento ai principi comunitari che informano la materia impone di individuare i servizi a rilevanza economica, tenendo conto, oltre che del profilo teleologico del servizio - ossia della natura degli interessi o bisogni collettivi che si intendono soddisfare - e oltre che dell’aspetto organizzativo - cioè delle modalità di erogazione dello stesso -, anche del profilo strettamente economico del servizio, cioè dell’impatto che l’attività può avere sul mercato della concorrenza e sui suoi caratteri di redditività.

Come osservato di recente dalla Corte dei Conti (**Parere Corte dei Conti n. 195/2009**), richiesta di rendere parere in merito all’ambito di applicazione dell’art. 23bis, peraltro, **gli indici di “non economicità”** indicativamente citati nel Libro Bianco sui servizi di interesse generale (12/5/2004, n. 374) sono tutti di carattere negativo e tendenti ad escludere il carattere di imprenditorialità nella resa del servizio, posto che l’impresa è attività economica.

Invero, ciò che qualifica un’attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata, ma anche il metodo con cui è svolta.

L’attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando le entrate percepite per l’attività sono tese a remunerare i fattori produttivi utilizzati, consentendo nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi.

Un tale contenuto della nozione di attività economica sembra essere stata recepita sul piano legislativo per gli enti pubblici, per i quali la produzione di beni o servizi è qualificabile come “imprenditoriale” in quanto essi sono tenuti per legge ad operare secondo “criteri di economicità”, criteri di autosufficienza

economica da valutarsi peraltro oggettivamente con riferimento all'attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa.

“Non può invece” – prosegue la Corte – “qualificarsi come “attività economica” la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Non è pertanto l’oggetto dell’attività ma la modalità di gestione che determina l’indice della sua economicità” (Parere Corte dei Conti n. 195/2009).

Del resto consolidata giurisprudenza ritiene che, da un lato, le associazioni, le fondazioni e, più in generale, tutti gli enti privati con fini ideali o altruistici possano svolgere attività di impresa, almeno per quei tratti di attività produttiva condotta con metodo economico, dall'altro anche i servizi cosiddetti “sociali”, connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, possono risultare compatibili con la nozione di servizio di rilevanza economica se e nel momento in cui presentano, per le modalità di esplicazione, una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d’impresa (Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 50721).

In altri termini, il fatto che i servizi in questione siano destinati, nella specie, ad essere resi a beneficio di taluni settori “deboli” della collettività, senza oneri corrispettivi diretti a carico degli assistiti, non costituisce necessario indice di servizio privo di rilevanza economica in quanto, altrimenti, qualsiasi tipologia di servizio reso gratuitamente a favore della collettività, in base a scelte di opportunità di volta in volta operate dall'amministrazione, potrebbe essere riguardato quale servizio privo di rilevanza economica.

Un'analisi della giurisprudenza recente induce a ritenere senza dubbio che la valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non possa andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dal soggetto affidatario, dovendosi avere riguardo non al contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all'interesse economico globalmente perseguito dal soggetto

¹ Con la citata sentenza il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto da parte di un ente locale (ex art. 113 bis T.U.E.L., dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 272/2004) ad una società a capitale pubblico maggioritario, dei servizi pubblici di gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare a favore di persone anziane /o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stireria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani. In concreto, poi, tali servizi, in precedenza, erano stati affidati dal Comune con una gara a licitazione privata, indicando gli importi annuali di riferimento sui quali applicare gli eventuali ribassi offerti dai concorrenti, precisandosi, fra l'altro, che nel formulare l'offerta i concorrenti avrebbero dovuto anche tenere specifico conto degli aspetti remunerativi e compensativi, donde il carattere significativamente lucrativo dell'appalto in questione. In concreto, poi, tali servizi, in precedenza, erano stati affidati dal Comune con una gara a licitazione privata, indicando gli importi annuali di riferimento sui quali applicare gli eventuali ribassi offerti dai concorrenti, precisandosi, fra l'altro, che nel formulare l'offerta i concorrenti avrebbero dovuto anche tenere specifico conto degli aspetti remunerativi e compensativi, donde il carattere significativamente lucrativo dell'appalto in questione. Se pure è vero, quindi, che i servizi in parola sono caratterizzati in senso socio-assistenziale, tuttavia è intrinseca nello svolgimento degli stessi, anche una rilevante componente economica tesa ad assicurare non la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa attraverso la copertura forfetaria dei costi di gestione nella misura del 10% del valore dell'appalto.

affidatario, la cui struttura societaria unitaria nei profitti e nelle perdite - che concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari - impedisce di porre i singoli servizi espletati su piani separati e non comunicanti (**Cons. di Stato n. 5072/2006** cit.²).

In sintesi, sembra potersi affermare che **il discrimine tra il carattere della rilevanza economica o meno del servizio pubblico non è dato né dalla natura dell'attività né dal suo oggetto e ciò indipendentemente anche dalla segnalata inesistenza di una precisa nozione di servizio pubblico.**

Il servizio pubblico a carattere commerciale si caratterizza per i suoi requisiti di economicità, dovendosi assicurare, ex art. 2082 del c.c., almeno l'equilibrio fra costi e ricavi del servizio.

Nel servizio pubblico privo del requisito dell'economicità il costo è, invece, essenzialmente assicurato dalla fiscalità generale dell'ente e comunque dagli ordinari mezzi di bilancio.

Ciò può avvenire per disposto normativo, (si pensi alle norme costituzionali che fanno obbligo all'ente di garantire il livello essenziale del servizio), ovvero per scelta autonoma dell'ente in relazione ai bisogni della collettività che si ritiene comunque di tutelare.

*“Gli effetti si dislocano in una duplice prospettiva: il primo è che risolvendosi il servizio pubblico a carattere commerciale in una attività economicamente rilevante per il mercato della produzione e distribuzione di beni e servizi va assicurato il rispetto dei principi comunitari della concorrenza (al di fuori delle ipotesi di autoproduzione del servizio da parte dell'ente), **mentre a dette regole non è assoggettato, rispondendo ad altre esigenze, il servizio pubblico non economico**” (Parere Corte dei Conti n. 195/2009).*

Sotto altro profilo va affermato che mentre la gestione di tutti i servizi pubblici, in quanto comportano l'uso di risorse pubbliche, debbono rispondere ai criteri di buon andamento desunti dall'art. 97 Cost., solo i servizi pubblici a carattere economico debbono essere assicurati attraverso un prezzo che assicuri almeno l'equilibrio tra costi e ricavi.

In quest'ottica deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di intervento finanziario pubblico dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza

²“*Ai fini della valutazione della sussistenza o meno del requisito della rilevanza economica in capo al servizio pubblico in affidamento, deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all'interesse economico globalmente perseguito dalla società affidataria; pertanto, allorché venga costituito un soggetto societario unitario chiamato a svolgere, indifferentemente, sia servizi di rilevanza economica, sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi, deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto stesso e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti” (Cons. di Stato n. 5072/2006).*

Critiche alla decisione suesposta vengono da G. Urso (dirittodei servizi pubblici.it) secondo cui: “Pur senza ignorare gli aspetti positivi dell'argomentazione appena riportata, consistenti nell'opportunità di considerare la società pubblica nel complesso delle sue attività, che dovrebbe condurre a conseguenti coerenti anche in ordine ai problemi di pubblicizzazione dell'attività e di applicazione della normativa pubblicistica relativamente a singoli servizi con residuali profili di interesse pubblico, ma svolti da soggetti imprenditoriali che nel complesso perseguono il fine di lucro, non appare felice in ordine alla questione controversa. Infatti, non si comprende agevolmente come un elemento interno al soggetto affidatario possa condizionare la qualificazione del servizio gestito in termini di economicità e meno, qualificazione che, sulla scorta di quanto sopra riportato, dipende prevalentemente dall'esistenza di un mercato concorrenziale, il quale è, a sua volta, legato alla capacità e alle caratteristiche del servizio di produrre un profitto”.

quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr., in tal senso, TAR Puglia n. 1318/2006; T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7 novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821)³.

Ciò risulta confermato anche dall'attuale disciplina contenuta nell'art. 23bis del D.L. n. 112/2008 che, come si è detto, prevede che si possa derogare alla regola generale della procedura competitiva ad evidenza pubblica in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, *che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*, che devono essere valutate tutte dall'ente stesso a seguito dell'effettuazione di un'analisi del mercato con riferimento anche alle offerte economiche e ai possibili soggetti affidatari e successivamente devono essere sottoposte al parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (**Parere Corte dei Conti n. 195/2009**).

L'ente in sostanza deve dimostrare la sussistenza delle peculiarità del contesto socio-economico- ambientale a cui è destinato il servizio pubblico e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio pubblico, anche con riferimento alla valutazione in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa che deve emergere da un'attività di comparazione che deve risultare da una consultazione del mercato (in tal senso, **i pareri dell'AGCM** del 5 febbraio 2009/ boll. n.9/2009 e del 12 marzo 2009/boll. n. 15/2009).

2. La disciplina applicabile ai servizi privi di rilevanza economica.

A seguito dell'intervento della Consulta sopra esposto, si è di fatto determinata una sorta di "vuoto di disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, che non è stato colmato neppure dall'art. 23bis del D.L. n. 112/2008, il quale si riferisce espressamente ai servizi a rilevanza economica" (**Parere Corte dei Conti 195/2009**).

In particolare, rimane senza una specifica norma di riferimento la possibilità di gestire servizi privi di rilievo economico a mezzo di società di capitali ovvero a mezzo di associazioni o fondazioni, così come l'affidamento a terzi e la gestione in economia.

Al fine della individuazione della disciplina applicabile ai servizi in questione, occorre certamente escludere la possibilità di ricorso, in via analogica, alle previsioni dettate dall'art. 113 TUEL o a quelle di cui all'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 25 giugno 2008 convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008 a proposito dei servizi a rilevanza economica ⁴.

³ *"In altri termini, se il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica consente di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n°267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà essere qualificato come privo di rilevanza economica nel caso in cui non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria"* (**T.A.R. Liguria II Sez., 28/4/2005 n°527**).

⁴ Secondo la comunicazione dell'AGCM del 16/10/08 sulla interpretazione dell'articolo 23-bis, comma 3" (...) *si definiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei*

Tutto il “sistema” dell’art. 113 (oggi da considerarsi vigente solo nei limiti della compatibilità dell’art. 23bis) appare, infatti, basato su presupposti non omogenei con quelli che, secondo la Corte Costituzionale, devono regolare la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, in quanto notoriamente ispirato alla salvaguardia del valore, di derivazione comunitaria, della tutela della concorrenza.

In merito alla competenza, la dottrina⁵ e la giurisprudenza⁶ sono pressoché pacifiche nel riconoscere che, a seguito dell’intervento della Corte Costituzionale, la disciplina dei servizi in questione e le forme di gestione degli stessi non possa essere contenuta in una legge dello Stato ma essere lasciate all’**autonomia regionale** (potestà legislativa escusiva regionale) e, per il principio costituzionale del decentramento amministrativo, a quella degli enti territoriali minori.

Deve, dunque, ritenersi che, nel silenzio della legge regionale, la base normativa di riferimento possa oggi essere rinvenuta negli statuti degli Enti Locali, in virtù sia dell’espresso riconoscimento, da parte della sentenza in commento, del ruolo dell’“autonomia locale” nella disciplina di tali servizi, sia, a maggior ragione, della dignità conferita a tali atti nel sistema delle fonti dalla riforma del titolo V della Costituzione⁷.

Al riguardo significativo è il passaggio al nuovo ordinamento delle autonomie locali che ha segnato l’espansione del potere degli enti di enucleare servizi pubblici, ampliandone anche le modalità di gestione, secondo cui “*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*” (art. **112 TUEL** che riprende l’art. 22 della Legge n. 142/1990).

Alla luce di quanto detto emerge come l’ordinamento lasci all’autonomia delle singole amministrazioni l’individuazione di interessi pubblici da soddisfare per assurgere a servizi pubblici e prevede la gestione delle attività così individuate attraverso una serie vastissima di organismi, la cui varietà è estrema nell’attuale panorama legislativo quanto a configurazione giuridica e a metodi organizzativi, ovvero anche mediante

servizi sociali privi di carattere imprenditoriale (...)”. La Comunicazione, al punto 1, stabilisce che essa trova applicazione nei confronti dei soli enti locali residuando dallo spettro applicativo i gestori di servizi pubblici di rilevanza economica.

5 Prof. Cuocolo, Università Bocconi; Castellani-Cesarini-Picchiotti.

⁶ Il Consiglio di Stato ha di recente stabilito che è necessaria la procedura di evidenza pubblica, anche se semplificata, per servizi privi di rilevanza economica nel caso in cui la legge regionale lo preveda (nella specie servizio di gestione di impianti sportivi comunali). Nel caso di specie si è sancito che: “*La necessità della procedura di evidenza pubblica per l’affidamento della gestione degli impianti sportivi comunali discende, nel caso di specie, dall’art. 2 L.R. Lombardia 24.12.2006 n. 27, il quale consente agli enti territoriali di differenziare la procedura di selezione in relazione alla rilevanza economica o meno dell’impianto, ma nel contempo stabilisce che vanno comunque rispettati i principi di trasparenza, correttezza, imparzialità ed adeguata pubblicizzazione e che la proposta deve essere individuata secondo i criteri ivi indicati. Per cui in ogni caso va posta in essere dall’ente locale una procedura di evidenza pubblica anche se semplificata pure per gli impianti privi di rilevanza economica*” (Consiglio di Stato n. 8914/2009) .

⁷ Nel senso che “*La valutazione in termini di rilevanza economica o meno del servizio pubblico relativo alla gestione di una casa di riposo può essere effettuata esclusivamente dal Comune, che ne conosce sia i costi, sia i margini di copertura degli stessi ad opera dei corrispettivi erogati dagli utenti. Nell’eventualità in cui il servizio pubblico di gestione di una casa di riposo, non assuma, in concreto, rilevanza economica e non sia, quindi, assoggettato ai principi in materia di concorrenza, l’affidamento diretto ad una fondazione di detto servizio sarà ammissibile soltanto se ricorreranno tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria con riferimento all’affidamento in house. Rientra esclusivamente nella autonomia delle scelte discrezionali del Comune la valutazione in termini di efficienza ed economicità della scelta di affidare la gestione del servizio di gestione di una casa di riposo ad una fondazione rispetto alla possibilità di gestione diretta o di affidamento a soggetti terzi, previa procedura ad evidenza pubblica*” (Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sardegna, 18/6/2007 n. 9).

l'affidamento, sotto forma di concessione o anche di contratti con privati.

Quanto sopra trova conferma nel più volte citato orientamento della Corte dei Conti, la quale, in risposta al quesito posto, così conclude: *“Non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, **effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi) (...). Spetta all'ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall'altro** (in tal senso, anche Corte dei conti, Sez. controllo Sardegna, delib. n. 9 del 18 giugno 2007)”*.

L'Ente locale, oltre a conservare una propria capacità *jure privatorum*, ha anche la facoltà, riconosciuta dall'art. 114 della Costituzione, di organizzare, in modo autonomo, l'esercizio delle proprie funzioni, latu sensu intese. Del resto già prima della promulgazione della legge 142/1990 veniva dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁸, pacificamente ammessa la possibilità per l'ente locale, in funzione del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, di costituire o partecipare a società di capitali, pur in assenza di una puntuale previsione di diritto positivo.

L'ente locale ben potrà quindi continuare a gestire i servizi privi di rilievo economico, che il consiglio comunale intendesse assumere, a mezzo di società di capitali, ovvero costituendo allo scopo fondazioni e/o associazioni⁹, ciò nell'ambito della propria capacità di diritto privato, che seppure funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, ogni amministrazione pubblica possiede.

La gestione in economia, inoltre, in considerazione del potere di auto-organizzazione tipico delle autonomie locali, non può certo ritenersi superata.

Con riguardo alle forme organizzative, va, in particolare, ricordato che sono presenti nell'ordinamento numerose normative settoriali, cui lo stesso art. 113bis, al comma 1, rinvia; per tutti gli altri servizi (non contemplati da

⁸ L'ente locale, nell'ambito della propria autonomia negoziale e nel rispetto della legislazione vigente ha la capacità di costituire e di partecipare a società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di attività rivolte, ad esempio, alla promozione dello sviluppo delle attività produttive sul proprio territorio, alla gestione dei propri beni immobili disponibili o di altri scopi comunque connessi alla realizzazione dei propri compiti istituzionali. L'attività della società deve comunque essere rivolta al perseguimento degli interessi della comunità rappresentata dall'ente (**Corte dei Conti, sez. riun. 4 marzo 1998, n.13/A**).

⁹ **Art. 14 cod.civ.** secondo cui associazione è l'organizzazione formata da una pluralità di persone che perseguono uno scopo comune di natura ideale o, comunque, diverso dall'esercizio di un'attività economica. Essa nasce per effetto di un accordo fra persone che decidono di associarsi (atto costitutivo) e stabiliscono le regole di funzionamento dell'associazione (statuto); fondazione è l'istituzione creata, con atto pubblico o con testamento, da uno o più fondatori per attuare la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo. Occorre considerare, inoltre, che gli indirizzi dettati, ai sensi dell'art. 5, comma 2, della **legge n. 328 del 2000** *“Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”*, dal D.P.C.M. 30 marzo 2001, includono tra i soggetti del c.d. “Terzo Settore”, ai quali i Comuni possono affidare l'organizzazione complessiva di servizi sociali, le fondazioni, anche se prevedono che si privilegino procedure di aggiudicazione ristrette e negoziate.

normative specifiche) in dottrina si ritiene che le scelte gestionali possano essere ricondotte alla prassi consolidata nel tempo (istituzione, gestione in economia etc..).

Del resto, nonostante l'intervento demolitorio della Corte che ha espunto dall'ordinamento l'art. 113-bis, conservano la loro efficacia gli artt. 30 31, 32 e 114 del Testo Unico, che disciplinano rispettivamente, le convenzioni¹⁰, ed i consorzi¹¹ tra comuni per la gestione dei servizi, le unioni di comuni, le istituzioni e le aziende speciali¹².

Il quadro sopra descritto è confermato dalla giurisprudenza secondo cui ***“La caducazione ad opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004 della disposizione di cui all'art. 113 bis del TUEL, che dettava, con elencazione ritenuta tassativa, le modalità di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e prevedeva l'obbligo di disciplinare i rapporti tra Ente locale e soggetto erogatore dei servizi tramite contratto di servizio, ha determinato, al di là dell'ampliamento della potestà normativa regionale e locale, il venir meno del principio di tipicità delle formule organizzative gestionali e la possibilità, per gli Enti locali, di ricorrere, anche in analogia con soluzioni già introdotte nell'ordinamento dalla normativa relativa a settori specifici (cfr. art. 112 e 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, come modificati dal d.lgs. 256 del 2006), a svariate possibili formule gestionali. In particolare l'affidamento diretto ad associazioni o fondazioni costituite o partecipate dall'Ente locale, che l'art. 113 bis prevedeva con esclusivo riferimento ai servizi culturali e del tempo libero (a differenza di quello ad istituzioni, aziende speciali e società a capitale interamente pubblico, previsto in generale per tutti servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), dovrebbe poter trovare applicazione con riferimento a qualsiasi tipologia di servizio privo di rilevanza economica”*** (Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sardegna, 18/6/2007 n. 9).

Si sottolinea, inoltre, in dottrina, la “scomparsa” dell'obbligo di stipulare contratti di servizio al fine di regolare i rapporti tra ente locale e soggetto erogatore del servizio, degradata a mera facoltà¹³.

Il quadro può mutare qualora la Regione - avendone per espressa affermazione della Corte Costituzionale, facoltà - approvi, nell'ambito della competenza legislativa residuale generale riconosciuta dall'art. 117 Cost., una legge di riordino dell'intera materia dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, definendo di tal guisa gli strumenti a disposizione dei comuni, singoli o associati, per la relativa gestione.

¹⁰ Articolo 30 - Convenzioni “1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni. 2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie”.

¹¹ Articolo 31 – Consorzi “1. Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti”.

¹² Articolo 114 - Aziende speciali ed istituzioni “1. L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale 2. L'istituzione è organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale”.

¹³ Sciuillo

Da ultimo, in particolare, si osserva come l'art. 116 del T.U.E.L.¹⁴, consentendo la costituzione di società miste pubblico-private per la gestione di servizi pubblici privi di rilevanza economica, ponga problemi di raccordo con la normativa europea.

Tale criticità è stata rilevata dalla Corte dei Conti: “Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria la partecipazione, sia minoritaria che maggioritaria, di un privato ad una società mista rende ineludibile l'adozione di criteri legati alla convenienza economica dell'attività. D'altro canto lo stesso art. 116 del T.U.E.L. prevede che nell'evenienza per la scelta dei soci privati o per la collocazione delle azioni sul mercato si debba ricorrere alla procedura dell'evidenza pubblica. Si deve allora ritenere che in siffatta evenienza il costo del servizio pubblico privo di rilevanza economica non coperto dalle entrate proprie dell'attività debba far carico all'ente costituente attraverso il reperimento di mezzi nel proprio bilancio (o almeno nel proprio patrimonio), nel quale appunto debbono essere trovati i mezzi di copertura della spesa (Parere Corte dei Conti n. 195/2009).

Avv. Prof. Massimiliano Lombardo

¹⁴ “Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, **costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria** anche in deroga a disposizioni di legge specifiche. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato **con procedure di evidenza pubblica**. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato” (art 116 TUEL).