

Qualificazione

La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica

Consiglio di Stato, sezione V, 27 agosto 2009, n. 5097 - Pres. Branca - Est. Branca

Ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla pubblica amministrazione, ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale.

Omissis.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<i>Conforme:</i> Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; Tar Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430; Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318. <i>Difforme:</i> Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 novembre 2005, n. 11471; Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2002, n. 2010.
-----------------------	--

Il commento di Harald Bonura

Il Consiglio di Stato interviene sulla delicata questione della qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, accelerando il processo di conformazione della giurisprudenza interna a quella comunitaria. In particolare, il commento segnala la tendenza a superare una ricostruzione della categoria "per settori" e la necessità di un'attenta analisi, caso per caso, di taluni indici rivelatori del carattere economico della singola attività oggetto di organizzazione e conferimento da parte dell'amministrazione pubblica.

Il caso, la disciplina regionale, la sentenza di primo grado e la decisione del giudice di Palazzo Spada

La vicenda, sviluppatasi in un lungo arco temporale, ha ad oggetto l'affidamento della gestione di un impianto natatorio comunale.

Dopo una serie di affidamenti diretti, disposti ai sensi dell'art. 113, c. 5, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e annullati dal giudice amministrativo, il Comune procedeva a un nuovo affidamento senza gara in favore di una società interamente partecipata dall'ente.

Quest'ultimo affidamento veniva diversamente motivato dall'amministrazione locale, che provvedeva a sottolineare la spiccata caratterizzazione sociale

del servizio, offerto a un regime tariffario particolarmente conveniente e in alcuni casi meramente simbolico o addirittura gratuito, come dimostrato dall'ingente passivo accumulato nel corso del tempo dall'affidatario diretto della gestione.

Il Comune faceva poi espresso riferimento alla disciplina regionale lombarda e, più precisamente, all'art. 5, c. 2, legge regionale 14 dicembre 2006, n. 27, a mente del quale «gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dell'incarico di gestione di impianti sportivi senza rilevanza economica ad associazioni, fondazioni, aziende speciali, anche consortili, e società a capitale interamente pubblico, da loro costituite».

La sentenza di primo grado si è quindi preoccupata

di verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legislazione regionale per la deroga alle procedure concorsuali, concludendo nel senso della rilevanza economica dell'impianto, in ragione delle sue caratteristiche intrinseche e delle sue dimensioni (puntuale analizzate).

Il giudice amministrativo lombardo non si è, però, limitato a questo solo aspetto, cogliendo l'occasione per richiamare anche la giurisprudenza amministrativa formatasi sulla disciplina statale in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, e in forza della quale il criterio identificativo degli stessi è da ricercarsi nel "connotato della redditività", ancorché sussistente solo in via potenziale.

Il giudice d'appello, investito della questione, non sembra prestare soverchia importanza all'esistenza di una disciplina regionale settoriale (in materia, come detto, di gestione di impianti sportivi di proprietà di enti pubblici territoriali) e di dettaglio, risolvendo la controversia in applicazione dei principi già elaborati dalla sezione in materia di qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

La pronuncia, quindi, conferma, con efficace sintesi, tutti i capi della sentenza appellata, salvo registrare l'irrelevanza - ma alla luce della disciplina concretamente applicabile nel caso di specie - dell'argomentazione legata alle finalità statutarie della società diverse da quella della gestione d'impianti sportivi (1).

In particolare, il punto decisivo è rinvenuto nel principio per cui «ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il carattere della "redditività", anche solo in via potenziale».

E nel caso in esame la redditività dell'attività si desume inequivocabilmente - a detta del giudice - dalle caratteristiche dell'impianto, a nulla valendo - in senso contrario - l'esistenza di tariffe agevolate, che costituiscono il frutto di «una scelta gestionale che può essere successivamente modificata in modo che l'esercizio dell'impianto sia fonte di profitto, come lo sono tutte le piscine da 25 metri».

Il contesto normativo

La distinzione tra servizi aventi e servizi privi di rilevanza economica è stata introdotta con l'art. 14, decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 (convertito dalla legge 24 novembre 2003, n. 326) (2).

In precedenza, l'art. 35, legge 28 dicembre 2001, n. 448 - per la prima volta - aveva previsto una duplice disciplina (in luogo di quella unitaria) per i servizi pubblici locali, distinguendo tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale; disciplina di cui, rispettivamente, ai novellati artt. 113 e 113 bis, d.lgs. n. 267/2000 (3). Per i primi, fermo restando il regime di esclusiva, si prevedeva la contendibilità del mercato; per i secondi, invece, la gestione non era esclusiva, ma - di fatto - la libertà di concorrenza era fortemente limitata dalla facoltà di affidamento diretto riconosciuta all'amministrazione (4).

In particolare, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale, l'art. 113 bis, ferme restando le disposizioni settoriali, prevedeva l'affidamento diretto in favore di istituzioni, aziende speciali, anche consortili, o società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali; per i settori dei servizi culturali e del tempo libero era anche consentito l'affidamento diretto ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate, mentre la gestione in eco-

Note:

(1) La pronuncia di primo grado si era rifatta a quel filone giurisprudenziale per il quale, nel caso di affidamento in favore di un soggetto costituito per il perseguimento anche di attività lucrative, non ha rilievo la non redditività della singola attività; in questo caso, infatti, «deve aversi riguardo non al semplice contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all'interesse economico globalmente perseguito a livello societario; la struttura societaria, infatti, è, nella specie, unitaria e profitti e perdite concorrono a formare il bilancio societario in termini parimenti unitari; per cui eventuali aspetti deficitari relativi a un singolo servizio ritenuto astrattamente privo di rilevanza economica ben possono e debbono essere corretti dagli aspetti compensativi legati all'espletamento di servizi dotati di rilevanza economica» (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072). La sentenza d'appello non condivide, sul punto, il giudizio di primo grado, ma solo perché «la legge regionale applicabile collega la legittimità dell'affidamento diretto alle sole caratteristiche oggettive dell'impianto», non attribuendo alcun rilievo alle caratteristiche soggettive del soggetto affidatario. Il che fa salvo il criterio illustrato, in assenza di un diverso dato normativo, come nel caso di specie.

(2) Per un'efficace rassegna sul tema, W. Giulietti, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 83 ss. V. anche, T. Tessaro, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *I Comuni*, 2004, 5, 22 ss.

(3) Per un commento sistematico della disciplina introdotta dall'art. 35, l. n. 448/2001, si vedano il numero monografico di *Diritto della regione*, n. 4/2002; AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in A. Travi (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1-2/2003, 3 ss. Sulla norma, si vedano anche i commenti di R. Damonte, *La gestione dei servizi pubblici dopo la Finanziaria*, in *Urb. e app.*, 2/2002, 253 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *questa Rivista*, 2/2002, 218 ss. Per un esame del disegno di legge finanziaria, M. Calcagnile, *Verso una nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) Tar Umbria, 24 ottobre 2003, n. 821.

nomia era limitata a quei servizi per i quali, per dimensioni o caratteristiche, non fosse opportuno procedere mediante affidamento a soggetti terzi.

L'assenza di rilevanza industriale, cioè, determinava una vera e propria inversione rispetto ai principi di concorrenza (e agli obiettivi di privatizzazione) applicati per la generalità dei servizi pubblici locali, dal momento che, per i servizi privi di rilevanza industriale, l'affidamento a terzi mediante procedure a evidenza pubblica era previsto, in via residuale, soltanto per specifiche ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale.

La categoria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale doveva, peraltro, essere ricostruita per differenziazione dai servizi dotati di rilevanza industriale, a loro volta individuati mediante apposito regolamento ministeriale (5).

Tale disciplina, tuttavia, cadeva sotto la lente della Commissione Europea che reiterava la messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione - in materia di servizi pubblici locali - nei confronti della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE (6); il legislatore statale, per evitare i prevedibili esiti negativi della procedura d'infrazione (7), provvedeva quindi a una nuova modifica degli artt. 113 e 113-bis, d.lgs. n. 267/2000, sostituendo, *ex aliis*, la nozione di rilevanza industriale con quella di rilevanza economica, ma continuando a mantenere una disciplina distinta per le due categorie di servizi (aventi rilevanza economica e privi di rilevanza economica).

Anche in questo caso, tuttavia, il legislatore non ha fornito una definizione di tali categorie, né indici positivi su cui fondare la relativa ricostruzione; al contrario, il compito di definire la nozione di rilevanza economica è stato affidato esclusivamente all'interprete, essendo scomparso anche qualsiasi rinvio a un successivo intervento regolamentare.

Le due discipline hanno conosciuto un diverso, ancorché comunemente "tormentato", destino.

In particolare, l'art. 113 è stato oggetto di numerosi, successivi interventi di riforma (8), fino ad approdare alla parziale abrogazione per effetto dell'approvazione dell'art. 23 bis, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (articolo inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133) (9), a sua volta significativamente modificato dall'art. 15, decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 (convertito con legge 20 novembre 2009, n. 166) (10).

Le modifiche, passate e recenti, non hanno, tuttavia, inciso sulla persistente distinzione tra servizi aventi rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza.

L'intervento del giudice costituzionale in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica

Va ricordato, semmai, che, nelle more di tale intenso processo riformatore sul versante dei servizi aventi rilevanza economica, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, c. 2, d.l. n. 269/2003 e in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27, legge 11 marzo 1953, n. 87, anche dell'art. 113-bis, d.lgs. n. 267/2000, nel testo intro-

Note:

(5) Anche a causa della mancata adozione del regolamento nei termini, si è subito posta la questione della portata del medesimo; se, cioè, il regolamento avesse solo una valenza ricognitiva e specificativa della previsione legislativa (potendosi, quindi, procedere in via interpretativa alla ricostruzione della definizione di servizio dotato di rilevanza industriale) ovvero se avesse funzione novativa e costitutiva di una categoria tassativa di servizi, cui applicare la relativa disciplina prevista dall'art. 113 (nel qual caso, l'assenza del regolamento determinava l'inefficacia e l'inapplicabilità della disciplina medesima). Per la prima soluzione, v. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380; *contra*, Cons. Stato, sez. V, 24 settembre 2003, n. 5461; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543.

(6) Commissione Europea, 26 giugno 2002, n. C(2002)2329; per la previa costituzione in mora, v. Commissione Europea, 8 novembre 2000, n. SG(2002)D/108243.

(7) L'esistenza di un chiaro e inscindibile nesso tra le azioni comunitarie e quelle del legislatore statale è recisamente sostenuta da M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali, in questa Rivista*, 2/2004, 144.

(8) Basti citare l'art. 1, c. 48, legge 15 dicembre 2004, n. 308, con cui il trasporto pubblico locale e gli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane sono stati sottratti alla disciplina generale di cui all'art. 113; l'art. 4, c. 234, legge 24 dicembre 2003, n. 350, che ha aggiunto i commi 5-bis, 5-ter, 15 bis e 15-quater all'art. 113; l'art. 15, decreto legge 4 luglio 2006, che ha introdotto un regime transitorio diverso per il settore idrico.

(9) Il comma 11 dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 dispone, infatti, che «l'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo».

(10) Per un primo commento dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 - prima della sua modifica ad opera dell'art. 15, d.l. n. 135/2009 - sia consentito rinviare a H. Bonura, A. Ruggetti, *I "nuovi" servizi pubblici locali. Prime interpretazioni e proposte di lettura dell'art. 23-bis del decreto legge 30 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133*, Torriana, 2008. Si vedano anche M. Dugato, *I servizi pubblici locali (art. 23bis), in questa Rivista*, n. 12/2008, 1219 ss.; S. Colombari, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, in *Giust. amm.*, n. 4/2008, 353 ss.; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, n. 10/2008, 1109 ss.; F. Navaro, *Brevi cenni alla riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Nuova Rassegna*, 83/2009, 1387 ss.; G. Chiné, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Corr. merito*, n. 3/2009, 237 ss. Per un'analisi successiva all'adozione dell'art. 15, d.l. n. 135/2009, F. Cintioli, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23bis*, di prossima pubblicazione negli Scritti in onore di Giuseppe Palma; versione provvisoria in www.giustamm.it, 12/2009.

dotto dal comma 15 dell'art. 35, l. n. 448/2001 (11), venendo così meno la disciplina statale in materia di servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Il ragionamento seguito dal giudice costituzionale poggia sul presupposto che la materia dei servizi pubblici locali non appare riferibile né alla competenza statale in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" (12), né a quella in materia di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (13), dovendosi ricondurre la stessa alla materia della "tutela della concorrenza".

Logica conseguenza è che tale riconducibilità può essere affermata solo in relazione ai servizi aventi rilevanza economica; per quelli privi di rilevanza economica, invece, il titolo di legittimazione costituito «dalla concorrenza non è applicabile (...) proprio perché in riferimento a essi non esiste mercato concorrenziale»; per cui, sotto questo profilo, la disciplina statale di cui all'art. 113 bis «si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale».

In conseguenza di ciò, «per i servizi locali che (...) appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica e adeguata disciplina di fonte regionale e anche locale».

Gli effetti della "rilevanza economica" di un servizio pubblico locale

Alla luce di tale accidentato e tortuoso percorso normativo e giurisprudenziale, il riconoscimento della "rilevanza economica" di un servizio pubblico locale appare determinante sotto svariati profili.

In primo luogo, sul piano generale, solo tale rilevanza giustifica e legittima un intervento legislativo statale, limitato, peraltro, alle esigenze di tutela della concorrenza.

In secondo luogo, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica può avvenire soltanto in una delle modalità tassativamente (14) previste dall'art. 23-bis, c. 2 e 3, d.l. n. 112/2008 (ss.mm.ii.) ovvero, in via ordinaria, mediante procedura di gara o affidamento a società a capitale misto pubblico-privato (15) o, ancora, in via derogatoria, mediante affidamento diretto a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* (16) e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (17).

Note:

(11) Corte Cost. 13-27 luglio 2003, n. 272.

G. Sciallo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, 2004, n. 7-8; G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale: Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272*, in questa Rivista, n. 1/2005, 25 ss.; V. Molaschi, *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito di Corte cost. n. 272/2004*, in *Foro it.*, n. 10/2005, 2652 ss. Per una disamina organica del riparto di competenze in materia di servizi pubblici locali, anche alla luce della sentenza 272/04, v. S. Mangiameli, *I servizi pubblici locali: il riparto delle competenze alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi*, cit., 51 ss.

(12) Dal momento che essa «riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali».

(13) In base all'assunto che «la gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale»; ma in senso difforme, Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 307, in cui - a proposito del servizio idrico integrato - si argomenta che le competenze comunali in materia «sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117» e che l'impugnata disciplina regionale «ponendo il principio della separazione delle gestioni, violava specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni, laddove, in contrasto con la disciplina statale, consentiva e anzi imponeva una separazione non coordinata tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio idrico integrato».

Lo stesso disegno di legge, recante «Individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali, razionalizzazione delle Province e degli Uffici territoriali del Governo. Riordino di enti ed organismi decentrati» (in www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/carta_autonomie/entilocali.pdf), approvato dal Consiglio dei Ministri il 19 novembre 2009, prevede, tra le funzioni fondamentali dei Comuni, "l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di dimensione comunale" (art. 2, c. 1, lett. g); così come alle Province è attribuita l'organizzazione dei servizi pubblici di dimensione sovracomunale.

(14) Il principio di tassatività delle forme di gestione è stato recentemente ribadito dal giudice amministrativo che ha censurato la scelta di un comune di riassumere, nelle forme della gestione diretta (o in economia), il servizio di illuminazione votiva precedentemente affidato a terzi; per il giudice, infatti, "ai sensi dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 la modalità ordinaria di gestione è quella dell'affidamento mediante procedure competitive di evidenza pubblica o, in via eccezionale, mediante affidamento a società *in house*, ma giammai mediante la gestione diretta » (Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 460).

(15) In questo caso, «a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, (...), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (art. 23 bis, c. 2, lett. a).

(16) Senza voler entrare nel merito della vastissima letteratura in materia di *in house providing*, si segnala, per un'efficace sintesi dei requisiti legittimanti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria e interna, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1.

(17) I requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente so-
(segue)

Al contrario, per i servizi privi di rilevanza economica, come sottolineato dalla dottrina più attenta (18), il primo e più significativo cambiamento operato per effetto del descritto intervento del giudice costituzionale è costituito dal venir meno del principio di tipicità delle forme di organizzazione dei medesimi.

Ciò equivale a dire che, laddove il servizio sia considerato privo di rilevanza economica, lo stesso può essere organizzato e gestito secondo le modalità previste dalla legislazione regionale ovvero, in assenza, in esplicitazione dell'autonomia regolamentare dell'ente locale, che ben potrà decidere tra la gestione in economia, il modello dell'istituzione o dell'azienda speciale, o, ancora, l'affidamento diretto a società di capitali con partecipazione dell'ente o, infine, la concessione a terzi, senza limiti settoriali.

Le operazioni di ricostruzione della rilevanza economica di un servizio pubblico locale

Così inquadrati i termini generali della questione, ben si comprende la delicatezza dell'operazione di ricostruzione della rilevanza economica di un servizio; operazione che - in assenza di criteri rigorosi - potrebbe rappresentare una scorciatoia per aggirare gli obiettivi di privatizzazione e i vincoli pro-concorrenziali altrimenti incombenti.

Sul punto, in passato si è registrata una certa tensione tra gli orientamenti del diritto comunitario e quelli interni.

In particolare, nel diritto interno, è stata forte la tendenza a ragionare per "settori" ovvero in relazione alle "finalità sociali" delle attività considerate o, ancora, della particolare natura dei soggetti gestori. In altri termini, al fine di escludere la rilevanza economica di un servizio è stata considerata sufficiente la sua inclusione all'interno di un determinato settore (culturale, ricreativo, sociale, del tempo libero) ovvero il suo carattere meramente erogativo o la finalità non lucrativa del soggetto gestore.

Si è così sostenuto, ad esempio, che la categoria dei servizi sociali dovrebbe costituire una categoria unitaria, l'unica in grado di contrapporsi a quella dei servizi di rilevanza economica (19); che l'esistenza di una disciplina settoriale (ad es., per i beni culturali) sottrae per intero i relativi servizi dalla sfera di applicazione dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, consentendo deroghe ai principi in materia di tutela della concorrenza (20); che nel settore dei servizi sociali è legittima la riserva di gara in favore di cooperative sociali (21); che servizi privi di rilevanza

economica non possono che essere (intesi in senso unitario) i servizi sociali, quelli della cultura e del tempo libero e altri consimili (22); che i servizi sociali si caratterizzano - in contrapposizione "a quelli industriali o economico-produttivi" - perché non realizzano profitti e non si prefiggono di svolgere attività per scopo di lucro (23).

Al fine di preservare le esigenze di equità e coesione sociale fortemente presenti nel nostro ordinamento, e in linea con una tradizionale diffidenza nei confronti dell'apertura al mercato del settore dei servizi sociali (intesi nella loro accezione più ampia) (24), la tendenza è stata, dunque, quella di sottrarre per intero alcuni settori alla disciplina in

Note:

(segue nota 17)

no condizioni necessarie, ma non sufficienti per legittimare il ricorso all'*in house providing*, dal momento che occorre dare prova della sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (art. 23 bis, c. 3). In quest'ipotesi, peraltro, «l'ente affidante deve dare 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, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole» (comma 4). La giurisprudenza si è già espressa nel senso di ritenere, *ex se*, illegittimo l'affidamento *in house* disposto senza richiedere previamente il parere all'Agcm (Tar Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430).

(18) G. Sciallo, *Stato, Regioni, cit.*, 5, per il quale il venir meno dell'art. 113 bis non ha determinato né un vuoto normativo, né uno stravolgimento, ma «una continuità/discontinuità all'interno della quale si segnala il tramonto del principio della tipicità delle forme organizzative, sostituito, semmai, da quello della congruità fra "causa" dello schema organizzativo e logica del servizio non economico».

(19) Così A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. Mangiameli, *I servizi, cit.*, 81. Lo stesso A., tuttavia, precisa che «l'identificazione tra servizi sociali e servizi privi di rilevanza economica è impropria sia per eccesso che per difetto. Per eccesso, poiché non è affatto scontato che i servizi sociali non possano avere carattere economico, o meglio non possano essere gestiti in forma d'impresa; per difetto, laddove nell'ambito dei servizi privi di rilevanza economica possono essere considerati anche i servizi culturali, educativi e ricreativi (...)».

(20) Tar Lazio, Roma, sez. II, 17 novembre 2005, n. 11471.

(21) Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2002, n. 2010.

(22) Tar Umbria, 821/03, *cit.*; Tar Molise, 10 marzo 2004, n. 262.

(23) Tar Campania, Napoli, sez. I, 30 aprile 2003, n. 4203.

(24) A. Albanese, *I servizi di interesse generale di carattere non economico*, in G. Sciallo (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, 2009, Bologna, 221 ss. e sp. 237, in cui si sottolinea, con precisi rinvii alle numerose norme settoriali, la caratterizzazione della normativa interna in materia di servizi sociali in ragione di «un forte intervento pubblico (...), piuttosto che di un ampio ricorso al mercato, considerato in tali settori strutturalmente insufficiente a garantire in maniera adeguata i diritti e potenzialmente foriero di esclusione sociale».

materia di concorrenza, negandone *tout court* la rilevanza economica.

Del tutto differente è l'approccio comunitario, fondato su alcuni principi elaborati dalla Corte di Giustizia (25) e riaffermati nei documenti comunitari dedicati ai servizi di interesse generale (26), nel cui ambito sono compresi anche quelli di carattere non economico, quella categoria di servizi, cioè, che più si avvicina alla nozione interna di servizi privi di rilevanza economica (27).

Allo stato, infatti, e come precisato dai citati documenti comunitari, dal punto di vista della disciplina europea, si possono distinguere due insiemi di servizi di interesse generale: quelli d'interesse economico generale (28) e quelli non economici (29); questi ultimi non soggetti alle norme del trattato in materia di concorrenza e mercato interno.

Al fine di distinguere tra di essi, appaiono del tutto neutrali i fattori che abbiamo visto essere stati considerati rilevanti nel nostro sistema, quali il settore o lo *status* di un soggetto che svolge un servizio (ad esempio il fatto che si tratti di un'impresa pubblica, privata, di un'associazione d'impresе o di una parte dell'amministrazione statale) o ancora l'evenienza che l'attività sia resa gratuitamente nei confronti dell'utenza.

L'unico dato rilevante è costituito dalla natura dell'attività stessa e, in particolare, dal fatto che la stessa sia fornita dietro retribuzione, a nulla rilevando che tale retribuzione sia posta a carico dell'autorità pubblica e non dell'utente, rispetto al quale il servizio è reso in modo gratuito (30).

Note:

(25) Si fa riferimento, senza pretesa di completezza, soprattutto a Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 16 giugno 1987, causa C-118/85, *Commissione vs. Repubblica Italiana*; 17 febbraio 1993, causa C-159/91 e C-160/91, *Poucet vs. Agf e Camulrac e Pistre v. Cancava*; 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau vs. Régie de Postes*; 26 marzo 1996, causa C-238/94, *José Garcia e altri vs. Mutuelle de prevoyance sociale d'Aquitaine*; 17 giugno 1997, causa C-70, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl vs. Regione Lombardia*; 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione vs. Paesi Bassi*; 12 settembre 2000, causa C-189/98 e C-184/98, *Pavel Pavlov e altri vs. Stichting Pensioenenfonds Medische Specialisten*; 13 settembre 2001, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio vs. Inail*; 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Gloeckner*; 28 settembre 2006, causa C-282/04 e 283/04, *Commissione vs. Paesi Bassi*.

(26) Commissione Europea, *I servizi d'interesse generale in Europa*, in GU C 281, 26 settembre 1996. Commissione Europea, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 19 gennaio 2001, COM(2000) 580 - C5-0399/2001(COS). Parlamento Europeo, *Risoluzione sulla Comunicazione della Commissione "I servizi d'interesse generale in Europa"*, 13 giugno 2002, A5-0361/2001. Commissione Europea, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 21 maggio 2003, COM/2003(270). Parlamento Europeo, *Risoluzione sul Libro verde sui servizi di interesse generale*, 13 gennaio 2004, A5-0484/2003. Commissione Europea, *Li-*

bro bianco sui servizi d'interesse generale, 12 maggio 2004, COM(2004)374. Commissione Europea, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006) 177. Commissione Europea, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725. Tutti i documenti in <http://europa.eu/>.

(27) Sui servizi di interesse generale privi di carattere economico, v. N. Rangone, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario (Libro bianco sui servizi di interesse generale, Com (2004) 374 def.)*, in *questa Rivista*, 2005, n. 4, 433 ss.; A. Albanese, *I servizi di interesse generale*, cit.

Per i servizi di interesse economico generale, nella vastissima letteratura sull'argomento, ci limitiamo a segnalare, rinviando alla relativa bibliografia, F. Cintioli, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 3/2006, 453 ss.; L. Perfetti, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4/2001, 479 ss.; V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2006, 747 ss.; P. Mengozzi, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contr. e impr.*, 1/2009, 304 ss.; F. Costamagna, *Direttiva "servizi" e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1/2009, 111 ss.; G. F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2005, 1219 ss.

(28) «Servizi d'interesse economico generale: la fornitura e l'organizzazione di tali servizi sono soggette alle norme del trattato Ce in materia di mercato interno e concorrenza poiché l'attività è di carattere economico. Nel caso delle grandi imprese di rete aventi una chiara dimensione europea, quali le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas, i trasporti e i servizi postali, i servizi sono disciplinati da un quadro normativo Ue specifico. Analogamente, taluni aspetti del servizio pubblico di radiodiffusione sono oggetto di norme Ue specifiche, quali la direttiva "televisione senza frontiere". Altri servizi di interesse economico generale, ad esempio quelli nel settore della gestione dei rifiuti, dell'approvvigionamento idrico o del trattamento delle acque reflue, non sono oggetto di regolamentazione autonoma a livello UE. Tuttavia, a taluni aspetti del servizio si applicano norme comunitarie specifiche quali quelle in materia di appalti pubblici o di protezione dell'ambiente e dei consumatori. Inoltre, una serie di servizi d'interesse economico generale è assoggettata anche al quadro regolamentare istituito dalla direttiva sui servizi» (CE, *I servizi di interesse generale, compresi, cit.*, § 2.1).

(29) «Servizi non economici: tali servizi, ad esempio quelli rientranti nelle prerogative statali tradizionali quali la polizia, la giustizia e i regimi legali di sicurezza sociale non sono oggetto di normativa Ue specifica, né assoggettati alle norme del trattato in materia di mercato interno e concorrenza. Alcuni aspetti dell'organizzazione di tali servizi possono essere assoggettati ad altre disposizioni del trattato, ad esempio il principio di non discriminazione». Per quanto riguarda i c.d. "servizi sociali", «la comunicazione del 2006 ha individuato grossomodo due categorie di servizi sociali: innanzitutto, i regimi legali e complementari di sicurezza sociale, organizzati un vario modo (organizzazione mutualistica o professionale), che comprendono i principali rischi della vita, quali quelli connessi alla salute, all'invecchiamento, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, alla pensione e all'invalidità; in secondo luogo, altri servizi prestati direttamente alla persona quali i servizi di assistenza sociale, i servizi per l'occupazione e la formazione, l'edilizia popolare e le cure a lungo termine. Si tratta tipicamente di servizi organizzati a livello locale e fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico» (*ibidem*).

(30) Cge, causa 189/98 e 184/98, *cit.*, § 74. Già la migliore dottrina nazionale, tuttavia, aveva ricordato che «la "rilevanza eco-

(segue)

A fronte di nozioni “a carattere dinamico ed evolutivo” (31), dunque, spetta all’interprete valutare, caso per caso, il carattere economico della singola attività concretamente coinvolta.

La nettezza della posizione comunitaria non poteva che determinare un’azione di penetrazione di tali principi per il tramite della giurisprudenza interna, a partire dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 (che richiama le posizioni comunitarie espresse nel Libro Verde sui servizi di interesse generale del maggio 2003), per proseguire con quella amministrativa, sempre più sensibile agli argomenti posti dal giudice europeo (32).

Conclusioni

In coerenza con quanto descritto, la pronuncia oggetto di commento può essere considerata come una sorta di “*sentenza-veicolo*”; infatti, le motivazioni espresse, al di là della loro apparente asciuttezza, rafforzano l’ingresso, a pieno titolo, nel nostro ordinamento, dei principi comunitari in materia di rilevanza economica dei servizi pubblici locali o, meglio, in materia di relazione tra la natura dei singoli servizi (e delle connesse attività), l’autonomia organizzativa dell’autorità pubblica locale e le regole di concorrenza.

In particolare, una lettura coerente (e correlata, come detto, con il diritto comunitario, cui la stessa fa implicito, integrale rinvio) della pronuncia dovrebbe condurre a ritenere, conclusivamente, che:

a) la ricostruzione della rilevanza economica di un servizio pubblico locale spetta all’interprete, e va fatta in relazione a ciascun caso, e non per categorie di soggetti, settori di attività o tipologie finalistiche; e prescindendo, altresì, dalla valutazione operata dall’ente locale;

b) al fine di apprezzare la rilevanza economica di un servizio, è irrilevante la natura del soggetto gestore (quando, ad esempio, lo stesso non persegua finalità di lucro), dal momento che nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalla sua modalità di finanziamento (33). Può così accadere che servizi economici e non economici coesistano all’interno dello stesso settore e talora siano forniti dallo stesso organismo;

c) ai fini di cui sopra, va ricordato che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato (34);

d) soltanto la circostanza che tale attività sia resa

in condizioni strutturalmente (e non occasionalmente o per frutto di momentanea scelta gestionale) anti-economiche (verso, cioè, un corrispettivo/rimborso non in grado di coprire i costi dell’attività), potrebbe escludere la remuneratività (e, quindi, la rilevanza per il mercato) di tale attività. Tuttavia, a nulla vale, in senso opposto, il fatto che il servizio sia reso gratuitamente o sottocosto in favore dell’utente finale, laddove la remunerazione sia assicurata dall’autorità pubblica o da terzi. Ciò che importa, insomma, è il carattere potenzialmente remunerativo dell’attività, non la fonte di tale remuneratività (l’utente, l’autorità pubblica o altro); e) anche in presenza di un servizio potenzialmente non remunerativo, tuttavia, potrebbe non essere esclusa la rilevanza economica dello stesso, in caso di affidamento a un soggetto societario unitario costituito, indifferentemente, per la gestione di servizi dotati e privi di rilevanza economica (35). In questa prospettiva, dunque, riacquisterebbe valore la finalità non lucrativa del soggetto gestore.

L’applicazione coerente di tali principi, oltre a restringere fortemente (se non annullare) il possibile novero di ipotesi “ontologiche” di servizi privi di rilevanza economica, induce a rivalutare la dimensione dell’autonomia organizzativa dell’autorità pub-

Note:

(segue nota 30)

nomica” di un servizio non riguarda solo il suo carattere strutturale e di produzione, ma anche profili relativistico-relazionali; (...). Quando nel caso dei servizi sociali si esamina la questione da tale punto di vista, non si considerano ovviamente gli utenti (ai quali il servizio è reso senza costi o sottocosto), ma l’attività che i gestori terzi svolgono a fronte di un corrispettivo remunerativo, versato dall’ente locale, e dunque non in perdita; in questa prospettiva, è innegabile che l’attività (pur sociale quanto ai destinatari) abbia un rilievo economico per i soggetti che possono aspirare a ottenere l’incarico in questione» (G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13).

(31) Commissione Europea, *Libro Verde*, cit., § 45-46.

(32) Tar Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729; Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318; Tar Lazio, Latina, 5 maggio 2006, n. 310; Consiglio di Stato, 5072/06, cit.; Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600; Tar Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430.

In realtà, la dottrina più attenta già negli anni ‘70 aveva ricostruito i criteri di gestione economica delle imprese pubbliche sostanzialmente intorno alla nozione di remuneratività dell’attività (v. G. Rossi, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss.; notazioni di carattere generale assai interessanti anche in G. Rossi, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, n. 3/2007, 685 ss.).

(33) Corte di giustizia Ce, C-180/98 e 184/98, cit., § 74.

(34) *Ibidem*, § 75.

(35) Cons. Stato, 5072/06, cit.

blica; spetterà a quest'ultima, infatti, decidere, ad esempio in relazione a servizi culturali o del tempo libero, se offrirli gratuitamente o sotto-costo, con le evidenti conseguenze sul piano della loro rilevanza economica, dei modelli organizzativi e dei soggetti gestionali (36).

Nota:

(36) Sufficientemente coerente a tale impostazione appare, peraltro, la prassi regolatoria dell'Autorità Garante del mercato e della concorrenza che, in sede di resa del parere di cui all'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, è intervenuta sulla nozione di economicità dei servizi pubblici locali, sostenendo che «la giurisprudenza amministrativa è pacifica nel ritenere economicamente rilevante qualsiasi servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, sebbene solo potenzialmente, una redditività poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa. Con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio per il quale potrebbe svolgersi, anche solo

potenzialmente, una competizione sul mercato, a prescindere dalla circostanza per cui siano previste delle forme di finanziamento pubblico, totali o parziali, dell'attività in questione» (Agcm, *Parere ex art. 23-bis del 24 giugno 2009*, in *Bollettino n. 36/2009*, destinatario Comune di Trescore Balneario). Solo sufficientemente coerente perché, come visto, la giurisprudenza non può considerarsi esattamente pacifica, dal momento che gli arresti illustrati sono abbastanza recenti (non mancandone, altresì, di segno contrario) e, soprattutto, perché l'Autorità sembra continuare a rifarsi a una ricostruzione per settori («ritenere economicamente rilevante qualsiasi servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, sebbene solo potenzialmente, una redditività»), mentre - come si è detto - l'analisi d'economicità andrebbe più correttamente compiuta in relazione alle singole attività coinvolte dall'intervento della pubblica amministrazione. Sulla neutralità della sussidiazione pubblica si vedano, invece, i Pareri del 17 settembre 2009 (in *Bollettino n. 41/2009*, destinatario Comune di Fucecchio); del 8 settembre 2009 (*Bollettino n. 39/2009*, destinatario Comune di Foggia); del 7 agosto 2009 (*Bollettino n. 36/2009*, destinatario Comune di Roma); del 17 luglio 2009 (*Bollettino n. 31/2009*, destinatario Città di San Donà di Piave); sull'irrilevanza, infine, della finalità non lucrativa del soggetto affidatario, si veda *Parere del 5 giugno 2009*, in *Bollettino n. 25/2009*, destinatario Comune di Luzzi.

RIVISTE

Azienditalia

Mensile per gli enti locali e le loro aziende

Coordinatore scientifico: Giuseppe Farneti

Periodicità: mensile

Azienditalia è il primo mensile che affronta con taglio aziendalistico le problematiche di **bilancio, gestione, controllo, organizzazione e servizi degli enti locali**, fornendo le risposte più adeguate alle esigenze informative e formative degli operatori degli enti e dei loro consulenti. Articoli di autorevoli esperti, casi eccellenti ed esperienze significative, utili **rubriche**, una **rassegna** ragionata delle principali novità **legislative** e di **prassi** ed uno **scadenario degli adempimenti** consentono di affrontare e risolvere concretamente i problemi posti dalla gestione dell'ente.

Novità: la sezione **Contratti e appalti** in cui vengono approfonditi temi inerenti alla contrattualistica pubblica e agli appalti analizzandone le problematiche e fornendo le soluzioni applicative.

Sono **inoltre compresi nel prezzo dell'abbonamento:**

Azienditalia Il Personale. Allegato mensile riservato agli abbonati di Azienditalia, interamente dedicato all'amministrazione e gestione del personale degli enti locali;

Azienditalia on-line. All'indirizzo www.ipsoa.it/azienditalia gli abbonati al-

la rivista possono accedere gratuitamente al servizio on-line con:

- **contenuti integrativi:** news, documentazione e strumenti;
- **l'ultimo numero della Rivista** in formato pdf, ancora in fase di stampa;
- **l'archivio dei fascicoli** in formato pdf degli ultimi 12 mesi della Rivista.

Formula Azienditalia Più – Coloro che scelgono questa particolare formula di abbonamento si assicurano **Azienditalia il personale** e il supplemento **Azienditalia – I Corsi**: quattro fascicoli all'anno di formazione professionale sui temi più interessanti della gestione degli enti locali.

Abbonamento annuale (compreso Azienditalia Il Personale): € 130,00

Abbonamento annuale Formula più: (Azienditalia + Il Personale + I Corsi) € 170,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**

