

## ELEMENTI DI ATIPICITA' NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

di **FABIO G. ANGELINI**

*Direttore Generale Centro Studi Tocqueville-Acton*

### 1. Inquadramento

#### 1.1 L'amministrazione pubblica tra "risultato" e mercato

Il settore pubblico ha conosciuto, negli ultimi decenni, un lento ma costante processo di cambiamento che ha riguardato soprattutto i rapporti tra i soggetti pubblici e i privati come i cittadini, le imprese e le formazioni sociali. Tale modificazione ha determinato, da un lato, un'emersione di un nuovo modello di pubblica amministrazione (l'amministrazione di risultato); dall'altro, la ricerca di modelli di amministrazione pubblica compatibili con i principi di concorrenza posti dal diritto comunitario, coerenti con un sistema di economia aperta di libero mercato<sup>1</sup>.

Il mutato contesto culturale si rintraccia nei più disparati ambiti dell'azione e dell'organizzazione amministrativa. Si pensi alle riforme degli anni novanta, improntate sull'introduzione nel settore pubblico di valori tipicamente imprenditoriali come l'efficienza, l'efficacia e l'economicità; alla sostituzione delle forme organizzative tradizionali con quelle innovative di diritto comune, snelle e flessibili come le società di capitali o le fondazioni; alla sostituzione degli strumenti tipici del diritto pubblico con quelli del diritto privato come gli accordi o i contratti; al fenomeno delle privatizzazioni e dell'abbandono del modello dell'ente pubblico economico; o, ancora, al tentativo di conformare l'amministrazione al mercato e alle regole di concorrenza poste a presidio del mercato stesso.

Da questa prospettiva, l'emersione dell'amministrazione di risultato e la sempre maggiore integrazione dei mercati, rappresentano senza dubbio gli elementi centrali di tale evoluzione e, in particolari settori, come i servizi pubblici, la stessa ragion d'essere di tale rinnovamento.

La ricerca dell'efficienza e dell'efficacia nello svolgimento dell'attività amministrativa (ed in particolar modo del servizio pubblico), nonché, di un nuovo equilibrio tra organizzazione pubblica e mercato, ha dato il via ad un fenomeno particolarmente complesso e pluriforme:

<sup>1</sup> cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 23.

la “privatizzazione” dell’azione e dell’organizzazione amministrativa. Negli anni si sono conosciute privatizzazioni di enti, di beni, di funzioni, di servizi, di controlli e di strumenti i cui effetti però sono risultati sensibilmente differenti a seconda delle esperienze. Alcune hanno condotto alla fuoriuscita di un bene dalla sfera pubblica, altre alla sostituzione di monopoli pubblici con un mercato liberalizzato sul quale operano soggetti pubblici e privati, altre al cambiamento della forma giuridica di alcuni soggetti pubblici, a rilevanti modifiche sostanziali sul loro assetto proprietario o sulla natura dell’attività svolta, altre infine, all’utilizzo di strumenti privatistici da parte di amministrazioni soggettivamente pubbliche<sup>2</sup>.

### 1.2 Il fenomeno delle esternalizzazioni

In un contesto di trasformazione del settore pubblico come quello sin qui brevemente richiamato, nel dibattito politico-amministrativo, si è fatto largo il tema delle “esternalizzazioni”, specie con riferimento alla complessa e variegata materia dei servizi pubblici. Come si vedrà, si tratta di una tematica che ha evidente ed importanti ripercussioni sul rispetto del principio di legalità e tipicità dell’azione e dell’organizzazione amministrativa.

L’esternalizzazione o *outsourcing* è espressione non giuridica, utilizzata per rappresentare genericamente, in maniera meramente descrittiva, ampia ed atecnica, fenomeni di diversa portata, tutti ascrivibili alla recente tendenza della pubblica amministrazione ad abbandonare la sua tradizionale veste autoritativa per interagire maggiormente con il mercato (e il settore privato), coinvolgendolo attraverso moduli e procedure differenti nella gestione della cosa pubblica.

Al riguardo, particolarmente interessante è la ricostruzione del fenomeno offerta dalla Corte dei Conti Lombardia (sez. contr., 15 dicembre 2008, n. 268). La Corte ha rilevato come il fenomeno possa essere ricondotto a quattro dinamiche differenti: “1) *l’affidamento a soggetti privati di una attività di cui la Pubblica Amministrazione continua a rimanere titolare, anche se svolta all’esterno*; 2) *l’ingresso di soggetti privati come collaboratori della Pubblica Amministrazione nella gestione dell’attività mediante soluzioni strutturali (come la costituzione di una società mista) o funzionali (come nelle ipotesi di sostituzione procedimentale del cittadino alla Pubblica Amministrazione)*; 3) *il finanziamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di un soggetto privato per svolgere una attività*

<sup>2</sup> In merito alle tipologie di privatizzazioni realizzate negli anni ’90 e agli effetti da queste prodotte C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in Giurisprudenza commerciale, 2001, p. 464 ss.

*che presenta profili di interesse pubblico, senza che la Pubblica Amministrazione si assuma la titolarità dell'azione; 4) la totale e definitiva sostituzione alla Pubblica Amministrazione di soggetti privati nella titolarità e gestione dell'attività, ad esempio, attraverso la dismissione di una attività prima costituente compito pubblico". Inoltre, a fini di ricostruzione generale del fenomeno, ha ordinato i casi di esternalizzazione in base ai seguenti criteri: "a seconda dell'atto utilizzato, l'esternalizzazione può trovare il suo fondamento in un provvedimento unilaterale della Pubblica Amministrazione (ad esempio una concessione) oppure in un atto negoziale (ad esempio un accordo, una convenzione). Ancora, si possono distinguere le esternalizzazioni a seconda delle conseguenze organizzative che da queste derivano, nel senso che l'esternalizzazione può dar vita ad apposite strutture miste (ad esempio società miste, fondazioni o associazioni) o ad accordi, convenzioni, ecc. Infine, l'esternalizzazione può caratterizzarsi per il proprio oggetto: i servizi pubblici, i beni pubblici, le attività strumentali della Pubblica Amministrazione, le funzioni pubbliche".*

La stessa Corte, ha poi sottolineato come "il problema che fa da sfondo alla questione riguarda il rapporto tra principio di legalità e procedure di esternalizzazione aventi ad oggetto funzioni amministrative, rapporto considerato tradizionalmente molto stretto, da interpretare in maniera rigida. Tuttavia, recentemente è invalsa la tendenza a considerare l'esternalizzazione di funzioni pubbliche un possibile modello generale di azione amministrativa. Si sostiene, infatti, che la specialità del diritto amministrativo non può essere condizionata dalla tipologia degli strumenti giuridici utilizzati dall'Amministrazione per il raggiungimento dei suoi fini e che non esiste, in astratto, un'antinomia tra esercizio di funzioni pubbliche e moduli di diritto privato, restando fondamentale che, nelle ipotesi di esternalizzazione, siano rispettati i principi costituzionali che presiedono alla singola funzione e alla tutela dei diritti dei cittadini. Si ritiene, pertanto, che le Amministrazioni Pubbliche possano ricorrere al loro potere di autorganizzazione e possano esercitare la loro capacità di diritto privato per esternalizzare, con le forme più adeguate, l'esercizio di funzioni che non implicano scelte discrezionali. Si tratta per lo più dell'affidamento all'esterno di singole fasi che si innestano su di un procedimento, di cui, comunque, l'amministrazione rimane unica responsabile. Maggiori cautele, invece, si richiedono per la possibilità di esternalizzare attività amministrative discrezionali. In tal caso, infatti, si ritiene necessaria quantomeno un'espressa previsione normativa, che consenta di qualificare come funzioni pubbliche attività rese da privati. In generale, a prescindere dall'esatta ricostruzione dogmatica dell'istituto, l'esternalizzazione di servizi e funzioni da parte delle Amministrazioni Pubbliche è un fenomeno che si è diffuso negli ultimi anni, incontrando un favore sempre più ampio e crescente. Le ragioni addotte sono molteplici e vanno dalla convinzione che la gestione dei servizi pubblici sia più efficiente se effettuata al di fuori dell'Amministrazione Pubblica, all'idea che la gestione da

*parte di soggetti privati comporti un contenimento dei costi. In realtà, come già messo in luce da questa Corte, si è assistito, negli ultimi anni ad un mutamento nella concezione del principio di legalità, tradizionalmente inteso come principio che regola il rapporto “potere dell’autorità-libertà dei cittadini”<sup>3</sup>. Infatti, da un lato il potere viene ormai inteso, non come sacrificante gli spazi di libertà, ma come strumento per migliorare le condizioni di vita dei cittadini e, in questo nuovo senso, il loro ambito di libertà. Dall’altro, il nucleo essenziale del principio di legalità si allarga dalle vecchie nozioni di attribuzione del potere e di legittimità degli atti, all’intera attività dell’Ente, nella quale il potere si esprime, per accertarne la rispondenza alla maggior possibile realizzazione degli interessi della collettività in vista dei quali il potere è conferito. In quest’ottica, la valutazione dell’attività della Pubblica Amministrazione secondo i criteri dell’economicità, dell’efficienza, dell’efficacia, valorizzati nella dimensione data all’art. 97 Cost. dalla giurisprudenza costituzionale, si presenta come elemento costitutivo della legalità, segnandone anche le condizioni di tutela. Quest’ultima viene a realizzarsi attraverso le forme di controllo, sia interne che esterne, intese ad accertare che il potere venga esercitato per il fine per il quale è stato attribuito, misurare la rispondenza dell’attività alla cura concreta dell’interesse, migliorare i parametri di resa del servizio, non disperdere risorse pubbliche, reprimere deviazioni ed inefficienze. Nella resa dei servizi pubblici i contenuti del principio di legalità assumono pieno valore, proprio perché detti servizi sono essenziali per la vita dei cittadini e la loro tutela non è affidata tanto a forme giustiziali di impugnazione di atti puntuali, quanto al controllo continuativo dell’attività, propedeutico al miglioramento della gestione, che si attua attraverso forme di controllo collaborativo. Pertanto, non basta verificare che non sussistono limiti all’esternalità del compito pubblico, legati alla natura dell’attività, per rendere fattibile l’operazione di alleggerimento della P.A. attraverso l’esternalizzazione. Dovranno essere valutati i vantaggi ed i costi dell’affidamento all’esterno del servizio, in termini di efficienza del servizio e di economicità della gestione, nonché delle ricadute sui cittadini e sulla responsabilità dell’Ente. La mancanza di tali valutazioni ha spesso condotto, purtroppo, ad un uso distorto e comunque non efficiente dell’esternalizzazione; ciò ha indotto il legislatore ad intervenire, da ultimo, delimitando in maniera restrittiva il fenomeno, soprattutto laddove lo stesso si sia realizzato attraverso la costituzione di società”.*

L’esternalizzazione di attività, specialmente nell’ambito dei servizi pubblici, rappresenta lo strumento privilegiato sia per l’avvio dei processi di fuoriuscita di moduli organizzativi dall’alveo pubblicistico, che per la liberalizzazione dei mercati.

Quella dell’esternalizzazione è una tendenza in netta espansione, dettata essenzialmente dall’esigenza di sperimentare e ricercare strumenti gestionali ed organizzativi più efficienti,

<sup>3</sup> Cfr. deliberaz. di questa Sez. n. 10 del 23 gennaio 2008.

capaci di avvicinare il servizio pubblico al mercato e alle sue logiche. Piuttosto che un istituto giuridico si tratta di una tecnica aziendale utilizzata dalle strutture produttive private al fine di gestire con maggiore efficienza ed economicità compiti e servizi ausiliari o strumentali al core business dell'impresa.

In particolare, si configura come il principale strumento per la costituzione di rapporti di collaborazione o *partnership* tra soggetti pubblici e privati poiché, al pari di qualsiasi impresa privata, all'ente pubblico è data la possibilità di portar fuori attività prima svolte internamente. Tale fuoriuscita, che si realizza sia attraverso strumenti contrattuali che mediante la nascita di nuovi soggetti, permette al privato di svolgere attività direttamente o indirettamente connesse all'attività di servizio pubblico.

Si badi, tuttavia, come con il termine esternalizzazione possano intendersi due tipologie differenti di fuoriuscita di attività e modelli organizzativi dal settore pubblico: una oggettiva ed una soggettiva. In senso oggettivo dovrà intendersi per esternalizzazione la totale fuoriuscita dall'ambito pubblicistico non solo della gestione dell'attività, ma un declassamento dell'attività stessa da pubblica a privata. Al contrario, in senso soggettivo, si dovrà intendere l'esternalizzazione come la collocazione al di fuori dell'ambito pubblicistico della mera gestione dell'attività che, pertanto, continuerà a mantenere il proprio rilievo pubblicistico e collettivo.

In altri termini, nell'accezione oggettiva, per esternalizzazione si intende la fuoriuscita dall'ambito pubblicistico di un'attività che, di conseguenza, andrà classificata come privata anziché pubblica. Al contrario, per esternalizzazione in senso soggettivo si intende la ricollocazione all'esterno di un'attività che, pur non perdendo la propria connotazione pubblicistica, vedrà modificarsi le sue modalità di svolgimento in ragione dell'adozione del modulo privatistico in luogo di quello pubblicistico.

In merito poi agli strumenti di esternalizzazione questi si dividono in strumenti istituzionali e strumenti contrattuali. La differenza principale tra tali tipologie rappresentata dal fatto che, mentre nel primo caso la collaborazione tra pubblico e privato si realizza all'interno di un nuovo soggetto (ad esempio in una società di capitali), nel secondo, la collaborazione seguirà le classiche regole dei contratti senza dar vita ad un nuovo soggetto.

Esempi di esternalizzazioni istituzionali sono quelle che si realizzano mediante la costituzione di società miste, associazioni in partecipazione, fondazioni di partecipazione, consorzi e, più in generale, mediante la costituzione di nuovi soggetti in cui pubblico e

privato si confrontano secondo le regole proprie dello strumento adottato. Al contrario, esempi di esternalizzazioni di tipo contrattuale sono i contratti di concessione, gli appalti di servizi, i *project financing*, gli accordi di sponsorizzazione e di collaborazione, tutti strumenti accomunati dal fatto che dalla collaborazione non scaturisce la formazione di un nuovo soggetto destinato a svolgere l'attività oggetto di esternalizzazione.

Il ricorso allo strumento delle esternalizzazioni – caratterizzato da una forte connotazione di atipicità – si fonda sia su ragioni di efficienza, sia – seppur in parte – sull'esigenza di individuare un nuovo equilibrio tra amministrazione e mercato. Pertanto, alla tradizionale separazione tra interessi pubblici e mercato (implicante la riserva all'organizzazione pubblica della cura degli interessi pubblici, con la variante dell'ente pubblico economico per il perseguimento di interessi generali di rilievo imprenditoriale) va oggi sostituendosi una più sottile e talvolta non chiara commistione<sup>4</sup>. Ciò è confermato dal diffondersi, anche a fronte di funzioni o servizi pubblici, di modelli organizzativi pensati per lo svolgimento in comune dell'impresa (la società) o per il perseguimento di finalità private di interesse generale (la fondazione).

## 2. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali: criticità

L'evoluzione sin qui descritta non poteva non influenzare l'ordinamento complessivo dei servizi pubblici (specie dei servizi pubblici locali). Infatti, è proprio in tale ambito di attività della pubblica amministrazione che l'intreccio tra esigenza di offrire agli utenti servizi in linea con le loro aspettative e bisogni, rispetto dei vincoli di finanza pubblica e rispetto delle regole di concorrenza si fa più stringente.

Nell'ultimo decennio, a partire dal d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sono stati numerosissimi gli interventi di riforma in materia di servizi pubblici locali. Sono intervenuti dapprima l'art. 35 della l. 448/2001 (che ha profondamente innovato, in senso pro-concorrenziale, l'art. 113 del TUEL), poi l'art. 14 del d.l. 269/2003 (che ha soppresso la distinzione tra “servizi a rilevanza industriale” e “servizi privi di rilevanza industriale” ed introdotto quella tra “servizi di rilevanza economica” [art. 113 TUEL] e “servizi privi di rilevanza economica” [art. 113-bis TUEL] al fine di allineare la normativa interna a quella comunitaria [art. 86 Trattato CE e Libro verde sui servizi di interesse economico generale del 21.03.2003] che sottopone al regime di concorrenza i “servizi di interesse economico generale”,

<sup>4</sup> M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 2004, p. 561 ss.

distinguendoli dai “servizi di interesse generale” per i quali giustifica la disapplicazione dei principi sulla concorrenza) ed infine, a seguito del naufragio del d.d.l. Lanzillotta, l’art. 23-bis del d.l. 112/2008 rubricato “Servizi pubblici locali di rilevanza economica”.

Il quadro ordinamentale dei servizi pubblici locali risultante dai suddetti interventi normativi risulta caratterizzato da un forte grado di frammentarietà e da numerose criticità. Tra queste si segnalano: l’assenza di una definizione di servizi pubblico locale; la difficoltà di individuare gli esatti confini tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica; i non del tutto chiari spazi per una disciplina integrativa di fonte regionale o locale in materia di servizi pubblici locali; i limiti posti alla discrezionalità dell’ente locale nell’applicazione della deroga prevista dal comma 3 dell’art. 23-bis al principio dell’affidamento in via ordinaria dei servizi pubblici locali a favore di imprenditori o società mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; i limiti alla discrezionalità dell’ente locale nella scelta delle opzioni organizzative e gestionali per l’erogazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

Si tratta di criticità da cui emerge un quadro complessivo dei servizi pubblici locali sempre più frammentato e caratterizzato da un elevato grado di atipicità la cui coerenza con l’art. 97 della costituzione potrà essere affermata solo in presenza ritorni positivi a favore della collettività in termini di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa e di tutela e promozione del mercato e della concorrenza.

### **3. La nozione di servizio pubblico**

#### *3.1. La ricostruzione dottrinale*

Il servizio pubblico ha acquisito, con l’evoluzione dei compiti e delle funzioni dello Stato, un rilievo tale da affiancarsi a pieno titolo all’attività provvedimentale o autoritativa della pubblica amministrazione<sup>5</sup>. Dal punto di vista dell’attività amministrativa esso si caratterizza per il fatto di non essere in contrapposizione con la così detta attività di “pubblica funzione” ma, al contrario, di integrarla<sup>6</sup> venendo a configurarsi come un contesto organizzativo all’interno del quale sono presenti, oltre ad attività materiali (che tuttavia sono prevalenti), anche momenti provvedimentali<sup>7</sup>. Dal punto di vista degli utenti

<sup>5</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005.

<sup>6</sup> S. LORUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in I succedanei dell’ente pubblico, A. CATRICALA’ (a cura di), Rivista trim. app., 2000.

<sup>7</sup> Come rilevato da G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), Bologna, 1998, p.

invece, esso si configura come una relazione complessa che si instaura tra il soggetto pubblico che organizza una offerta di prestazioni, rendendola doverosa, e gli utenti<sup>8</sup>. Si tratta di una relazione che ha ad oggetto prestazioni di cui l'amministrazione da un lato predefinisce i caratteri e, dall'altro, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione soddisfacendo i bisogni della collettività di riferimento in capo alla quale sorge una aspettativa giuridicamente rilevante<sup>9</sup>.

La nozione di "servizio pubblico" è oggetto di un ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza alimentato dall'assenza di una definizione normativa sia nel diritto interno che in quello comunitario che, al contrario, preferisce fare riferimento ad espressioni come "servizi di interesse economico generale" o "servizi universali"<sup>10</sup>. Tuttavia la complessità e la frammentarietà degli ambiti in cui è ravvisabile il servizio pubblico rende quanto mai arduo una ricostruzione unitaria.

La nozione "soggettiva", che tende ad identificare il servizio pubblico con l'attività non autoritativa svolta dalla pubblica amministrazione<sup>11</sup>, si contrappone con quella "oggettiva" che tende a ravvisare il servizio pubblico nello svolgimento di qualsiasi attività di prestazione di servizi che sia di interesse collettivo indipendentemente da un ruolo istitutivo/organizzativo della pubblica amministrazione<sup>12</sup>.

In particolare la nozione soggettiva, che intende il servizio pubblico quale modulo organizzativo dell'amministrazione o ad essa pertinente affonda le sue radici nel fenomeno della municipalizzazione, ossia dell'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività di interesse collettivo (L. 103/1903 e TU 2576/1925) e nella successiva assunzione da parte dello Stato di servizi pubblici a carattere nazionale quali le poste, la telefonia, le ferrovie e l'energia. La nozione oggettiva ha iniziato a farsi strada in ragione del

---

917, nella predefinitone e attuazione del rapporto tra utente ed ente vengono in evidenza atti e fatti di varia natura: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e contratti di diritto comune.

<sup>8</sup> Così E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986; ID., *I servizi pubblici a rete*, Milano, 2000

<sup>9</sup> Si veda E. CASSETTA, *op. cit.*

<sup>10</sup> Per un approfondimento sul tema dei servizi pubblici in ambito comunitario cfr. A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004.

<sup>11</sup> Si tratta della impostazione seguita dalla dottrina tradizionale e su tutti da G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 138 ss.

<sup>12</sup> Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 44 ss e 152 ss. Per una panoramica sulle diverse declinazioni della nozione oggettiva di servizio pubblico si rinvia a R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2003, p. 493 ove si da conto, in senso critico dell'orientamento di L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. La nozione oggettiva ha trovato nuovo vigore in ragione di alcune pronunce giurisprudenziali: Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30, in *Foro It.*, 1998, III, p. 350 ss, con nota di A. ROMANO e Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro It.*, 2000, III, p. 368, con nota di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*.

progressivo disancoramento della gestione del servizio pubblico dal dato soggettivo pubblicistico sulla base dell'idea che il servizio pubblico comprendesse *“tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica”*<sup>13</sup>.

Si tratta tuttavia di due nozioni che, singolarmente considerate, non colgono la complessità del fenomeno<sup>14</sup>. Come rilevato da autorevole parte della dottrina<sup>15</sup>, oggi, anche alla luce degli interventi della corte costituzionale (sentenza 6 luglio 2004, n. 204<sup>16</sup> e sentenza 27 luglio 2004, n. 272<sup>17</sup>), il servizio pubblico *“si viene a disegnare come attività o insieme di attività che presuppongono la presenza della pubblica amministrazione che agisce come autorità, in funzione dell'istituzione e/o organizzazione del pubblico servizio”* (fermo restando che esso può essere espletato anche da soggetti privati) e, sotto un secondo profilo, esso è contraddistinto *“da elementi ulteriori rispetto ai programmi e controlli amministrativi nei confronti delle (normali) attività economiche”* la cui coincidenza rappresentava invece il punto di partenza della nozione oggettiva. Inoltre, i servizi pubblico *“non sembrano essere identificati con qualsivoglia attività economica sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, bensì con prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo istitutivo-organizzativo e/o di affidamento da parte della pubblica amministrazione”*.

In altri termini si fa strada una nozione di servizio pubblico che, integrando il profilo soggettivo con quello oggettivo, tende ad identificare come tale quel particolare contesto organizzativo, volto a soddisfare interessi collettivi, in cui l'amministrazione è comunque coinvolta come *“autorità”* provvedendo essa stessa all'espletamento dell'attività, oppure limitandosi ad istituire-organizzare il servizio delegandone l'espletamento a soggetti privati<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30, in Foro It., 1998, III, p. 350 ss, con nota di A. ROMANO.

<sup>14</sup> Cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in Serv. Pubb. App., 2005, p. 139 ss.

<sup>15</sup> In particolare G. CAIA, *op. cit.*, p. 144.

<sup>16</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, Il Foro It., 2004, I, 2594, con nota di S. BENINI e commenti di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* e di F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*.

<sup>17</sup> In Servizi Pub. App., 2004, p. 831 ss., con nota di A. POLICE – W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato*.

<sup>18</sup> Come ha rilevato I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; ID., *Le privatizzazioni tra servizio e impresa*, Relazione al 3° Convegno di Studi di diritto amministrativo su L'impresa e la pubblica amministrazione: le forme e gli strumenti della concertazione, Torino, 28 maggio 1999, la partecipazione del privato nell'erogazione del servizio non fa venir meno il carattere pubblico dell'attività che è tale in quanto oggetto di un atto di assunzione da parte di un soggetto pubblico, persino nell'ipotesi in cui l'unica forma di gestione prevista fosse l'affidamento ad un privato. Cfr. anche E. CASETTA, *op. cit.*, il quale ha rilevato come

La necessaria presenza dell'amministrazione nella sua veste di autorità nell'ambito della relazione di servizio pubblico è la diretta conseguenza dell'assunzione dell'attività come doverosa da parte del soggetto pubblico che, insieme alla finalizzazione al soddisfacimento dei bisogni della collettività, qualifica il servizio come "pubblico.

### 3.2. *Gli elementi definitivi di servizi pubblico locale forniti dal testo normativo*

- L'art. 112, d.lgs. 267/2000 prevede che *"gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"*. La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 TUEL), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento, assumere come doverose.
- L'art. 3, comma 12, d.lgs. 163/2006 prevede che *"la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'art. 30"*.

### 3.3. *La qualificazione del servizio pubblico operata dalla giurisprudenza*

L'assenza di una nozione normativa di "servizio pubblico" – sia nel diritto interno che in quello comunitario (che, al contrario, preferisce fare riferimento ad espressioni come "servizi di interesse economico generale" o "servizi universali") – nonché la complessità e la frammentarietà dagli ambiti in cui è ravvisabile il "servizio pubblico", rendono quanto mai arduo proporre una ricostruzione unitaria.

Lasciando sullo sfondo gli orientamenti dottrinali esposti in precedenza, nelle prossime pagine si tenterà di sottolineare – attraverso l'analisi della giurisprudenza più recente – la difficoltà (e forse l'inopportunità) di adottare un approccio ricostruttivo incentrato sulla ricerca di una definizione unica e assoluta di "servizio pubblico", nonché, di evidenziare la sussistenza di una triplice prospettiva giurisprudenziale:

---

d'altro canto, il privato che eroga il servizio deve rispettare gli stessi limiti e gli stessi criteri predefiniti in sede di assunzione del servizio.

- quella penalistica (elaborata con riferimento all'art. 358 c.p. e poco utile ai fini dello studio del diritto amministrativo);
- quella relativa al riparto di giurisdizione in materia di servizi pubblici, caratterizzata dallo scontro tra giurisprudenza amministrativa e SS.UU. della Suprema Corte;
- quella amministrativa formatasi in relazione alle controversie aventi ad oggetto la legittimità delle procedure di affidamento dei servizi pubblici.

### Servizio pubblico e funzione

Relativamente alla differenza tra servizio pubblico e funzione

- Con riferimento alla prospettiva penalistica, è particolarmente interessante la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 358 c.p. secondo cui *“sono incaricati di pubblico servizio a tenore dell'art. 358 novellato coloro i quali, pur agendo nell'ambito di un'attività disciplinata nelle forme della pubblica funzione, mancano dei poteri pubblici di questa, purchè non svolgano semplici mansioni di ordine né prestino opera meramente materiale. Il pubblico servizio è dunque attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dalla mancanza di poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione con la quale è in rapporto di accessoria e complementarietà”* (Cass, Sez. Un., 11 luglio 1992, n. 7958).

Nella giurisprudenza penale più recente, si segnalano:

- Cass. Pen (sez. V, 11 giugno 2008, n. 31391) che ha ritenuto rivestire la funzione di incaricato di pubblico servizio ai sensi dell'art. 496 c.p. il controllore di un'azienda di trasporto urbano il quale svolge funzioni non meramente esecutive all'interno di tale società la quale, a sua volta, esercita un'attività di pubblica funzione.
- Cass. Pen (sez. IV, 7 gennaio 2008, n. 7959) che ha ritenuto i consorzi agrari cui sono affidati compiti di natura tecnica, sociale ed economica, tra i quali quello della gestione degli ammassi obbligatori e facoltativi, soggetti svolgenti *“attività pubblicistica”* in quanto, *“con tale attività vengono [...] realizzate evidenti finalità di carattere pubblico, in quanto sono assicurati i servizi di rifornimento istituiti dallo stato, e finalità economiche di interesse collettivo, quale il sostegno dei prezzi; che, pertanto, i dipendenti dei consorzi agrari incaricati della gestione degli ammassi esplicano attività pubblicistica, a nulla rilevando che essi dipendano da un ente privato, e perciò deve loro riconoscersi la qualità di pubblici ufficiali”*.

- Con riferimento alla seconda prospettiva, quella relativa al riparto di giurisdizione, particolare importanza riveste (nonostante sia stata ormai definitivamente superata dalla sentenza n. 204/2004) la pronuncia Cons. Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1 che ha accolto una nozione di servizio pubblico molto ampia laddove ha affermato (i) che trattasi “di un concetto determinato, quanto mai elastico e polisenso”, (ii) che la nozione di cui al d.lgs. 80/1998 riguarda “qualsiasi attività connessa alla cura di interessi collettivi, sia essa svolta da soggetti pubblici o privati”, (iii) e che, pertanto, “non rilevando le varie tesi sostenute in dottrina o in giurisprudenza, di volta in volta e a diversi fini, circa la definizione da dare al servizio pubblico”, “il legislatore delegante ha inteso la nozione di servizio pubblico in senso potenzialmente tanto vasto, da consentire al legislatore delegato di potervi far rientrare tutto quanto attenga allo svolgimento dell’azione della amministrazione, per ogni suo aspetto. Ciò risulta senz’altro ragionevole, poiché: – sia le funzioni pubbliche che i servizi pubblici, da chiunque gestiti, sono svolti «per il pubblico», nell’interesse della collettività; – gli uffici amministrativi non vanno visti soltanto quali apparati burocratici che emanano atti in specifici momenti, ma soprattutto come strutture stabili istituite per erogare servizi, cioè continuative attività in favore della collettività; – l’amministrazione, qualsiasi attività sia ad essa imputabile, va vista sempre «come servizio», «al servizio della collettività» (per l’art. 98 Cost. «i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione»). Vanno richiamate le osservazioni già svolte da questa adunanza plenaria sulla portata dei principî espressi dall’art. 97 Cost., sul buon andamento e sull’imparzialità, che «costituiscono i valori essenziali di riferimento di ogni comportamento dell’amministrazione» e «riguardano allo stesso modo l’attività volta all’emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato»: ogni attività dell’amministrazione «è vincolata all’interesse collettivo e deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell’interesse generale» (ad. plen. 22 aprile 1999, nn. 4 e 5, cit.). Tutti gli atti e i comportamenti dell’amministrazione, nonché quelli del gestore connessi ad interessi collettivi, hanno un rilievo pubblicistico, tanto da essere stati presi in considerazione dalla normativa sul diritto d’accesso agli atti, poiché si concretano nello svolgimento di servizi in funzione ed in favore del pubblicum. L’ambito di applicazione dell’art. 97 Cost. è tanto vasto quanto il potenziale ambito del concetto di servizio pubblico (che il legislatore delegante ha ritenuto di fare concretamente delimitare dal legislatore delegato), poiché va sempre finalizzata al perseguimento dell’interesse collettivo ogni attività dell’amministrazione (senza alcuna eccezione, quando vi sono la gestione dei beni e del personale, l’esercizio di funzioni pubbliche, l’emanazione di contratti o accordi di diritto amministrativo, la quotidiana attività materiale di

*istruzione dei procedimenti o quella svolta in esecuzione di atti o contratti, ovvero in occasione dei servizi di vigilanza e di controllo)”*.

Tuttavia, lo stesso giorno, la Suprema Corte, a Sezioni Unite (30 marzo 2000, n. 71) aveva modo di precisare che né l'art. 33 del lgs. 80/1998, né altre norme dell'ordinamento (in particolare, l'art. 358 c.p.) forniscono una definizione di pubblico servizio utilizzabile come criterio di attribuzione della competenza giurisdizionale<sup>19</sup> e che, pertanto, tale definizione dovrebbe essere, tendenzialmente, ricavata dagli elementi comuni delle ipotesi espressamente previste, a titolo esemplificativo, dallo stesso art. 33. Ne deriva, secondo la Corte, che sono servizio pubblico quelle attività che comportano una prestazione resa da un soggetto pubblico o privato alla generalità degli utenti ma non anche ogni attività privata, pur soggetta a controllo, vigilanza o autorizzazione da parte di una pubblica amministrazione poiché, se così fosse, *“il servizio pubblico finirebbe per coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo”*<sup>20</sup>.

La nozione di servizio pubblico intesa quale prestazione resa alla generalità da parte di un soggetto (anche privato, ma che sia però inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia

<sup>19</sup> “La materia dei “pubblici servizi” non è, però, definita in modo espresso dal citato decreto legislativo, né essa sembra trovare nell'ordinamento una definizione idonea ad individuare l'ambito della nuova giurisdizione esclusiva. Tale ambito, invero, non può essere direttamente tratto dalla definizione di “Pubblico servizio” contenuta nell'art. 358 C.p., che vale “agli effetti della legge penale” e che esclude da esso attività (“svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”) rientranti espressamente nell'ambito di applicazione del citato art. 33, che si riferisce alle “attività” e “prestazioni di ogni genere” (lettera f). Né sembra utilizzabile la nozione di “servizi pubblici essenziali” data dalla legge 12 giugno 1990 n. 146, sull'esercizio del diritto di sciopero, che ha riguardo alla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, e non all'attività, diretta o indiretta, delle pubbliche amministrazioni. Anche la disposizione sul “servizi pubblici locali”, pur essendo dettata da una legge amministrativa (art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali), si presenta poco utile a definire l'ambito della nuova giurisdizione esclusiva, perché essa è riferita soltanto alle attività dei comuni e delle province e perché ha un contenuto molto generico, considerando servizi pubblici quelli “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”.

<sup>20</sup> “Se è esatto che il citato art. 33 non ha seguito la nozione c.d. soggettiva di servizio pubblico, ritenendo che esso possa essere svolto anche da soggetti privati (v., in particolare, il comma 2, lettera e), ed ha quindi recepito la nozione c.d. oggettiva, non deriva da ciò che sia definibile come servizio pubblico ogni attività privata soggetta “a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica”, perché così inteso il servizio pubblico finirebbe con il coincidere con ogni attività privata rilevante per il diritto amministrativo. Il servizio si qualifica come “pubblico” perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività di privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali”.

a questi collegato) e sottoposta ad un regime derogatorio dal diritto comune è stata successivamente avallata da numerose sentenze (Cass., sez. un., 12 novembre 2001, n. 14032<sup>21</sup>; Cass., sez. un., 22 luglio 2002, n. 10726; Cass., sez. un., 30 dicembre 2004, n. 24176; Cass., sez. un., 12 maggio 2006, n. 10994; *contra*, Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2002, n. 196; Tar Lombardia, sez. III, 31 luglio 2002, n. 3280).

Sotto questa prospettiva, si noti tuttavia come oggi, alla luce degli interventi della corte costituzionale (sentenza 6 luglio 2004, n. 204 e sentenza 27 luglio 2004, n. 272), il servizio pubblico “*si viene a disegnare come attività o insieme di attività che presuppongono la presenza della pubblica amministrazione che agisce come autorità, in funzione dell’istituzione e/o organizzazione del pubblico servizio*” (fermo restando che esso può essere espletato anche da soggetti privati<sup>22</sup>) e, sotto un secondo profilo, esso è contraddistinto “*da elementi ulteriori rispetto ai programmi e controlli amministrativi nei confronti delle (normali) attività economiche*” la cui coincidenza rappresentava invece il punto di partenza della nozione oggettiva. Inoltre, i servizi pubblici “*non sembrano essere identificati con qualsivoglia attività economia sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, bensì con prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo istitutivo-organizzativo e/o di affidamento da parte della pubblica amministrazione*”<sup>23</sup>.

- Con riferimento alla terza prospettiva, quella relativa alla legittimità delle procedure di affidamento, merita di essere segnalata:
  - Cons. Stato (sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672) che ha ritenuto l’attività di elaborazione e gestione di un’anagrafe tributaria attività di pubblico servizio sulla base del fatto che essa, lungi dal consistere in mere operazioni preparatorie rispetto al successivo esercizio della potestà impositiva dell’ente comunale, rappresenta diretto svolgimento delle attività di liquidazione e di accertamento dei tributi. Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, rientrando nel novero delle attività di servizio

<sup>21</sup> V. nota di E. FERRARI, *Servizi pubblici: impostazione e significato della ricerca di una nozione*, in *Foro It.*, 2002, I, 1843.

<sup>22</sup> Come ha rilevato I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; ID., *Le privatizzazioni tra servizio e impresa*, Relazione al 3° Convegno di Studi di diritto amministrativo su L’impresa e la pubblica amministrazione: le forme e gli strumenti della concertazione, Torino, 28 maggio 1999, la partecipazione del privato nell’erogazione del servizio non fa venir meno il carattere pubblico dell’attività che è tale in quanto oggetto di un atto di assunzione da parte di un soggetto pubblico, persino nell’ipotesi in cui l’unica forma di gestione prevista fosse l’affidamento ad un privato.

<sup>23</sup> In particolare G. CAIA, *op. cit.*, p. 144.

pubblico, non essendo quindi attività strumentali all'esercizio di una funzione pubblica, risultano affidabili a privati tramite appalto

- e, con particolare riferimento alla nozione di servizio pubblico in senso oggettivo e al tema dell'esercizio di attività di interesse pubblico mediante strumenti organizzativi privatistici (esternalizzazioni), Corte dei Conti Lombardia (sez. contr., 15 dicembre 2008, n. 268) ha avuto occasione di ribadire (seppur indirettamente) la differenza tra attività di funzione pubblica e attività di servizio pubblico affermando che *“la specialità del diritto amministrativo non può essere condizionata dalla tipologia degli strumenti giuridici utilizzati dall'Amministrazione per il raggiungimento dei suoi fini e che non esiste, in astratto, un'antinomia tra esercizio di funzioni pubbliche e moduli di diritto privato, restando fondamentale che, nelle ipotesi di esternalizzazione, siano rispettati i principi costituzionali che presiedono alla singola funzione e alla tutela dei diritti dei cittadini. Si ritiene, pertanto, che le Amministrazioni Pubbliche possano ricorrere al loro potere di autorganizzazione e possano esercitare la loro capacità di diritto privato per esternalizzare, con le forme più adeguate, l'esercizio di funzioni che non implicano scelte discrezionali. Si tratta per lo più dell'affidamento all'esterno di singole fasi che si innestano su di un procedimento, di cui, comunque, l'amministrazione rimane unica responsabile. Maggiori cautele, invece, si richiedono per la possibilità di esternalizzare attività amministrative discrezionali. In tal caso, infatti, si ritiene necessaria quantomeno un'espressa previsione normativa, che consenta di qualificare come funzioni pubbliche attività rese da privati?”*.

### **In particolare: la nozione di servizio pubblico locale**

Per quanto attiene alla qualificazione di una determinata attività quale servizio pubblico locale appare possibile individuare due filoni giurisprudenziali: (i) quello teso alla verifica della rispondenza dell'attività alla definizione che viene tratta dal dato normativo dell'art. 112 TUEL n. 267/2000; (ii) quello incentrato sulla identificazione del soggetto sul quale è destinato a ricadere l'onere economico (si tratta di un filone giurisprudenziale elaborato al fine di distinguere l'affidamento di un servizio pubblico dal semplice appalto pubblico di servizi).

Con riferimento al primo filone si segnalano le seguenti pronunce:

- Cons. Stato (sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600), ha qualificato il servizio di illuminazione volitiva del cimitero comunale come servizio pubblico locale in ragione del fatto che

esso “*consiste in un servizio pubblico, in quanto assunto dal Comune e mirante a soddisfare il sentimento religioso e la pietas di coloro che frequentano il cimitero, consentendo di realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante testo unico delle leggi sull’ordinamento locale*”. Dello stesso avviso anche Tar Campania (Salerno, 23 dicembre 2008, n. 4362) che ha qualificato il servizio di illuminazione volitiva del cimitero comunale come servizio pubblico locale in ragione del fatto che esso “*si risolve in un servizio pubblico, in quanto assunto dal Comune e mirante a soddisfare il sentimento religioso e la pietas di coloro che frequentano il cimitero, consentendo di realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi dell’art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267*”.

- Cons. Stato (sez. V, 8 settembre 2008, n. 4265) ha affermato che “*sono servizi pubblici non solo i servizi specificamente denominati tali dalla legge e riservati ai comuni e alle province, ma tutte le attività di produzione di servizi rispondenti a fini di utilità sociale e di promozione sociale*”. Pertanto, continua il Consiglio di Stato, “*un centro sportivo strutturato in una piscina, di proprietà comunale, è un bene che per sua natura è destinato ad essere adibito ad uso pubblico. L’attività ad essa inerente, pertanto, ha tutte le caratteristiche per essere qualificata come un servizio pubblico*”.
- Cons. Stato (sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369) ha avuto modo di precisare che ai fini della qualificazione di un’attività come servizio pubblico locale o meno occorre prendere in considerazione l’art. 112 TUEL, secondo il quale “*gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. [...] Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell’ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettivi esigenze della collettività. Dunque, muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall’art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all’ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all’assetto organizzativo dell’ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico*”.
- Cons. Stato (Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345) ha avuto modo di chiarire - confermando l’orientamento seguito con le sentenze 9 maggio 2001 n. 2605 e 16 dicembre 2004 n. 8090 - che devono essere indifferentemente considerati servizi

pubblici locali, ai sensi dell'art. 112, TUEL n. 267/2000, sia quelli di cui i cittadini usufruiscono *uti singuli* (c.d. servizi a domanda individuale) che quelli dei quali usufruiscono come componenti la collettività, purché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali. In particolare, relativamente al complesso delle attività che garantiscono la temperatura necessaria alla vita ed al lavoro nelle strutture gestite dall'ente comunale, ha ritenuto che l'utenza del servizio in questione non vada individuata, restrittivamente, nei dipendenti comunali che in tali strutture lavorano, ma si estende al pubblico che si reca negli uffici, e, soprattutto, ai frequentatori delle biblioteche, delle palestre, dei centri anziani e altri servizi ospitati in immobili comunali. Tuttavia, già in precedenza:

- con la decisione n. 2605/2001, la Sezione aveva ricompreso nel novero dei servizi pubblici locali quello relativo al “servizio calore” per gli edifici comunali destinati ad uso pubblico, ritenendo che rientri in tale nozione qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, da fruirsi non solo in via diretta ma anche mediatamente, in quanto “componente strumentale” di un diverso servizio;
- con la decisione n. 8090/2004, la Sezione aveva ricompreso nel novero dei servizi pubblici locali quello relativo all'illuminazione pubblica, facendo leva anche su considerazioni di ordine storico e rilevando come la circostanza che lo stesso Titolo V del d.lgs. n. 267/2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, sempre che le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente;
- Tar Marche (16 maggio 2007, n. 370), a proposito del servizio di pulizia dei locali comunali, ha accolto tale orientamento in quanto il servizio si rivolgerebbe in termini di utilità anche alla collettività che ne fruisce non solo occasionalmente (accesso agli uffici per il disbrigo delle pratiche amministrative, per la richiesta di certificati; partecipazione alle sedute pubbliche degli organi di governo) ma anche con carattere di continuità con riferimento ad ogni altra possibile iniziativa (servizi sociali e di sostegno e qualsiasi altra attività svolta nei locali comunali).

- Tar Calabria (24 ottobre 2007, n. 1076) ha evidenziato come siffatto orientamento si presti a “derive” non sempre pienamente conformi agli insegnamenti della Corte di Cassazione. Esso ha affermato che, *“un determinato servizio può essere qualificato come pubblico solo se l’attività in cui si realizza è diretta a soddisfare in via immediata esigenze della collettività, esulando dal relativo ambito le prestazioni, di carattere strumentale, rese al soggetto preposto al suo esercizio (Cass. Civ., Sez. Un., 3.8.2006, n. 17573)”* – che sin dalla pronuncia della SS.U. n. 71/2000 ha precisato che *“il servizio si qualifica come “pubblico” perché l’attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell’amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l’attività di privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale)”*.
- Cons. Stato (sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325) ha negato all’attività di costruzione di una caserma la qualifica di pubblico servizio affermando che *“quest’ultimo può essere definito, in aderenza alla concezione oggettiva recepita dal legislatore (decreto legislativo n. 80 del 1998), come attività economica di solito imprenditoriale esercitata per erogare prestazioni indispensabili a soddisfare bisogni collettivi incompressibili in un determinato contesto sociale e storico e collocata in un ordinamento di settore al cui vertice è posta un’autorità pubblica che ne vigila, controlla, coordina e indirizza l’espletamento”*.
- Tar Lombardia (sez. III, 20 dicembre 2005, n. 5633) ha qualificato come concessione di servizio pubblico l’affidamento a terzi della gestione di un centro sportivo in ragione del fatto che *“sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un’attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale, come nel caso avente ad oggetto la gestione di impianti sportivi comunali”*.

Con riferimento al secondo filone, che fornisce un criterio di qualificazione dell’attività di servizio pubblico locale - da distinguersi da un mero appalto di servizi - incentrato sulla identificazione del soggetto sul quale è destinato a ricadere l’onere economico del servizio, si segnalano le seguenti pronunce:

- Cassazione (sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29428) ha negato che il servizio di censimento delle unità immobiliari site nel territorio dell’ente locale possa costituire servizio pubblico locale. Ciò in ragione del fatto che *“non è sufficiente a integrare l’esercizio di un pubblico servizio, che postula l’espletamento di attività rivolte al soddisfacimento di bisogni generali della collettività, il contatto da parte del soggetto privato coi singoli utenti (nella specie i contribuenti),*

*previsto in funzione meramente ausiliare e strumentale rispetto ai compiti propri dell'ente pubblico, giacchè in tal caso si verte in ipotesi di prestazioni erogate non agli utenti e a loro vantaggio ma, anche se mediante contatto con gli stessi, pur sempre a favore dello stesso ente pubblico territoriale per consentirgli l'efficiente organizzazione del servizio di riscossione dei tributi?'. (cfr., anche, Cass, sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29426);*

- Cons. Stato (sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049) ha sottolineato come *“il tratto distintivo della concessione di servizio pubblico è dato dall'assunzione del rischio legato alla gestione dello stesso, risultando irrilevante che sia indivisibile e remunerato con il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione anzicchè mediante un corrispettivo a carico degli utenti, e dalla circostanza che il corrispettivo non è versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, la quale anzi percepisce un canone da parte del concessionario, e dall'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale, coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti, mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante – appaltatore)”*;
- Tar Lombardia (Brescia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689) ha affermato che *“servizio pubblico e appalto pubblico di servizi sono attività strumentali all'erogazione di un servizio, con la differenza che nel primo caso la prestazione viene erogata direttamente all'utente, nel secondo si sviluppa in modo opposto poichè è l'Ente il primo beneficiario dell'attività economica svolta. Il Codice dei contratti fornisce la definizione dei due istituti (cfr. art. 3 commi 6 e 11): l'appalto pubblico è sostanzialmente identico a quello previsto dall'art. 1655 del c.c., ossia è un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta, avente per oggetto un facere e nel quale sono rinvenibili due parti (amministrazione e terzo, chiamato a svolgere un'attività a favore della prima dietro corrispettivo); la concessione di servizi è un contratto simile all'appalto, fatta eccezione per il corrispettivo che consiste nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.
- Tar Sicilia (Catania, sez. II, n. 461 del 12 marzo 2007) ha ritenuto che *“la giurisprudenza pacifica individua l'elemento distintivo tra concessioni di servizi pubblici ed appalti di pubblici servizi nell'eventuale incidenza dell'onere economico a carico dell'ente pubblico appaltante o concedente. Più in particolare: è elemento tipico dell'appalto di pubblici servizi l'obbligo per la stazione appaltante di corrispondere al gestore del servizio una utilità economica, quale corrispettivo per la fornitura del servizio all'ente stesso o alla comunità da esso rappresentata (per esempio, appalto del servizio di pulizia degli uffici comunali; appalto del servizio pubblico di scuolabus per gli alunni delle scuole elementari). Viceversa, nella concessione di servizio pubblico il concessionario ritrae il proprio guadagno direttamente dal pagamento di una tariffa posta a carico degli utenti del servizio stesso (per esempio,*

*servizio di trasporto urbano affidato a soggetti terzi che gestiscono "a proprio rischio"*)” (Cfr. Cons. Stato., sez. VI, n. 6368/2005; Corte Giustizia CE, 324/2000).

- Tar Lombardia (sez. I, 19 ottobre 2007, n. 6137) ha affermato che *“la distinzione fra appalto e concessione di pubblici servizi consiste nel fatto che mentre nel primo si prevede un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi; nella concessione la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del servizio, con la conseguenza che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione”*;
- CGCE (18 luglio 2007, C-382/05) con riferimento alle convenzioni per l'utilizzo dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, stipulate dal Commissario Delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Siciliana, ha rilevato come la circostanza che l'operatore risulti in sostanza remunerato dal Commissario delegato attraverso una tariffa fissa corrispostagli per tonnellata di rifiuti valga ad integrare il requisito tipico degli appalti pubblici di servizi consistente nel pagamento di un corrispettivo direttamente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice a favore del prestatore, e ad escludere la sussistenza di elementi caratteristici della concessione di servizi quali il diritto dell'operatore privato di gestire il servizio di cui trattasi e il rischio legato a tale gestione. Di conseguenza, le convenzioni avrebbero dovuto essere concluse applicando le procedure previste dalla direttiva 92/50 e, in particolare, pubblicando un apposito bando di gara d'appalto: la mancata applicazione di tali procedure ha comportato l'affermazione dell'inadempimento dello Stato italiano agli obblighi comunitari e la sua condanna alle spese.
- Tar Veneto (sez. I, 7 maggio 2008, n. 305) ha individuato nella strumentalità il criterio per qualificare o meno un'attività come servizio pubblico. Secondo il Collegio, *“il concetto di strumentalità delle società a capitale interamente pubblico sussiste allorquando l'attività che esse sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi soggetti promotori o comunque azionisti della società, per corroborare le funzioni di competenza di tali amministrazioni pubbliche (nella specie enti territoriali) secondo l'ordinamento amministrativo, ad es. riorganizzando un servizio per l'ente pubblico. Tali criteri valgono a offrire un criterio certo e affidabile di distinzione rispetto alle fattispecie in cui dette società a capitale pubblico o misto sono chiamate a svolgere un servizio pubblico locale rivolto direttamente non agli enti pubblici azionisti, bensì ai cittadini-utenti che fruiscono del servizio”*.

- Tar Lazio (sez. II, n. 5192/2007) ha affermato che *“possono definirsi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l’ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali”*.
- Tar Lombardia (Brescia, 27 dicembre 2007, n. 1373) ha sostenuto che la distinzione tra mero servizio e servizio pubblico *“va ricercata nel beneficiario diretto dello stesso: ricorre l’ipotesi del servizio pubblico se la prestazione resa dall’appaltatore viene fornita per soddisfare in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente; costituisce, al contrario, mero servizio strumentale quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante”*;
- Cons. Stato (sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294, cfr., anche Id., 16 dicembre 2004 n. 8090, Id., 15 gennaio 2008, n. 36) ha sottolineato che ai fini della qualificazione di una attività come servizio pubblico locale non è determinante che l’erogazione della prestazione sia o meno subordinata al pagamento di un corrispettivo e, soprattutto, l’elemento distintivo del servizio pubblico non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio stesso non sia fatto gravare sugli utenti;
- Consiglio di Stato (Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36) ha riconosciuto natura di servizio pubblico locale ad attività che sulla base degli schemi interpretativi appena indicati, a rigore, avrebbero dovuto essere considerate appalti pubblici di servizio, poiché destinate direttamente alla pubblica amministrazione beneficiaria, come nel caso del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale del Comune di Roma, relativo alla c.d. Grande Viabilità.

### **Servizi pubblici a rilevanza economica e altri servizi**

Un’ulteriore distinzione fondamentale è quella relativa alla rilevanza economica o meno del servizio pubblico locale. Infatti, a seguito della modifica dell’art. 113 e dell’art. 113-bis, della pronuncia della Corte Costituzione n. 272/2004<sup>24</sup> e del nuovo art. 23-bis, la distinzione rileva sia con riguardo al regime delle forme di gestione che al profilo della competenza

---

<sup>24</sup> Corte cost., sent. 27 luglio 2004, n. 272. Si vedano i commenti di A. POLICE-W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831 ss.; G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in [www.Lexitalia.it](http://www.Lexitalia.it), 7/8, 2004; 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 del 2004*, in *Foro it.*, 2005, I, 2652 ss.; G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27.

legislativa dello Stato e delle Regioni nel dettare la relativa disciplina, nell'ambito dei criteri di riparto stabiliti dall'art. 117 Cost.

- In tale pronuncia, la Corte Costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis TUEL, contenente la disciplina statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, dichiarando, al contrario, infondata la questione con riguardo all'art. 113, ad eccezione della comma 7, secondo, terzo e quarto periodo, laddove la legge statale disciplinava *“dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa”*, i criteri di aggiudicazione delle gare per l'affidamento dei servizi.

In tale pronuncia, la Consulta ha condiviso il principio contenuto al comma 1 dell'art. 113, in forza del quale lo Stato, nel dettare la disciplina delle modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, trae la propria legittimazione nella materia *“tutela della concorrenza”*, che costituisce materia affidata alla propria legislazione esclusiva. È stata così riconosciuta la legittimità costituzionale delle norme poste dall'art. 113, nei limiti in cui *“la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale”*, sulla base dei principi che il *“titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di «rilevanza economica» e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali?”*

La Corte ha, invece, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 113-bis, muovendo dalla considerazione che, ancorché quella della concorrenza costituisca una materia trasversale, ritenuta idonea a fondare la competenza legislativa statale in tema della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la tutela della concorrenza medesima non sia invocabile per la disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in quanto *“in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale”*. Dal quadro che consegue alla pronuncia deriva che, mentre per i servizi di rilevanza economica trova applicazione la disciplina statale contenuta nell'art. 113 TUEL, ispirata, da un lato, ai principi di separazione tra titolarità e gestione del servizio e, dall'altro, di trasparenza e non discriminazione nell'affidamento della gestione; per i servizi privi di rilevanza economica la suddetta disciplina possa essere - dalle Regioni - derogata a favore di una gestione diretta del servizio, ovvero mediante affidamenti diretti ai gestori.

Particolarmente interessante è il fatto che la Corte abbia basato il proprio convincimento anche sui principi di diritto comunitario rilevando che *“la Commissione Europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-2007) del 21 maggio 2003, 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”*. E inoltre, che *“secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice 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 dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001)”*. Pertanto, sulla base di ciò ha concluso che *“per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale”*.

- Dalla sentenza Cons. Stato (n. 6049/08) si evince che è da considerarsi servizio pubblico di rilevanza economica quello che richiede per il concessionario l'impiego di capitali, mezzi e personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore.
- La tesi secondo cui è l'influenza sulla concorrenza del mercato a definire un servizio pubblico privo o meno di rilevanza economica (tesi di influenza comunitaria) appare anche in Cons. Stato (n. 7950/06), dove si è negato che un regolamento riguardante i profili sanitari del servizio di trasporto funebre influisse sul mercato di settore.
- Il Cons. Stato (con la sent. n. 5072/06) ha invece dato spazio al criterio della redditività ai fini della qualificazione del servizio pubblico come di rilevanza economica, sottolineando che a tal fine non importa la qualificazione data dalla P.A. Nella stessa sentenza precisa che per la valutazione di rilevanza economica non si dovrà guardare ai singoli servizi forniti, ma all'interesse economico globalmente perseguito a livello societario.
- Il TAR Puglia (con la sent. n. 1318/06) ha affidato ai principi comunitari, in mancanza di una definizione legislativa, la definizione di servizio pubblico privo o meno di rilevanza economica. Precisamente rinvia all'art. 86, II comma del Trattato Istitutivo

della Comunità Europea che sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale alla disciplina europea in tema di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della missione affidata. In sostanza laddove un servizio pubblico non sia remunerativo, e quindi il mercato non provveda da solo, il servizio pubblico viene definito privo di rilevanza economica e come tale al di fuori della disciplina della concorrenza. La Commissione, nel Libro Verde sui servizi di Interesse Generale, precisa che la distinzione fra i servizi di rilevanza economica e quelli privi di tale caratteristica ha carattere dinamico ed evolutivo, e non è possibile predeterminare quali servizi ricadano in una o nell'altra categoria.

- Il TAR Liguria (nella sent. n. 527/05) ha poi affermato che la categoria di servizio pubblico privo di rilevanza economica è di carattere residuale rispetto a quella dei servizi pubblici di rilevanza economica; pertanto la qualificazione in tal senso data dalla P.A. va adeguatamente motivata.
- Da ultimo va ricordato l'intervento del d.l. 112/08 (c.d. finanziaria triennale) che, con l'art. 23 bis, ha inciso sulla materia dell'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica prevedendo come regola l'affidamento tramite procedura di evidenza pubblica, ma ha anche previsto che, qualora ciò non sia possibile per ragioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, l'affidamento può avvenire anche con procedura diversa nel rispetto dei limiti della disciplina comunitaria. Anche su questo intervento la dottrina ha segnalato l'assenza di un preciso ambito di riferimento e la necessità di richiamarsi alle categorie di diritto europeo per definirne l'ambito di operatività.

Relativamente alla tematica in oggetto, un breve accenno merita il fatto che nell'ordinamento europeo il concetto di servizio pubblico si pone essenzialmente quale eccezione alla regola di concorrenzialità prevista dal Trattato comunitario. Infatti, l'affermazione del principio di libertà economica quale elemento cardine dell'ordinamento comunitario fa sì che il servizio pubblico non solo non si configuri come strettamente connesso al settore pubblico ma non giustifichi alcuna posizione di privilegio (sul mercato concorrenziale), in termini di affidamento della gestione del servizio oppure in materia

fiscale o finanziaria, per gli organismi partecipati dal potere pubblico o comunque espressione di questo.

Come noto il diritto comunitario non conosce una nozione di servizio pubblico, ma quella di servizio di interesse economico generale e servizio di interesse generale, il cui concetto trova definizione sia nel Trattato che nel Libro verde dell'U.E. In particolare l'art. 86, c. 2 del Trattato statuisce che *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

I servizi di carattere economico sono attività economiche che vengono offerte nel mercato e che possono essere svolte anche da un privato con finalità di lucro. Un servizio è quindi economico quando è prestato nel mercato dietro il pagamento di un corrispettivo idoneo a coprire i costi e a remunerare il capitale. Per converso il servizio non economico consiste nello svolgimento di attività rese senza finalità lucrative. In altri termini, il soggetto che offre il servizio nel mercato lo fa senza intenzioni di guadagno, ma per fini che sono di mutualità; inoltre, anche qualora sia previsto il pagamento di un corrispettivo, ma questo non risulterebbe comunque adeguato al costo del servizio.

- Sul punto, particolarmente interessante è la pronuncia CGCE (17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91) che ha considerato non economica l'attività degli enti che gestiscono un'assicurazione previdenziale *“finanziata da contributi proporzionali ai redditi o alle pensioni”* e *“le cui prestazioni sono uguali per tutti”* a prescindere dai contributi versati, in quanto soggetti operanti sulla base di un principio di solidarietà.
- Tale orientamento è stato confermato anche nella pronuncia (CGCE, sez. V, 22 gennaio 2002, C-218/00) laddove ha affermato che *“da una giurisprudenza del pari costante risulta che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7; Foro it., Rep. 1989, voce Comunità europee, n. 411; 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36; Foro it., Rep. 1998, voce Unione europea, nn. 779, 783, 792, e Pavlov, cit., punto 75)”* e, pertanto, escluso dal novero delle attività economiche quella svolta dall'INAIL in quanto *“l'importo delle prestazioni e quello dei contributi sono soggetti al controllo dello Stato e l'iscrizione obbligatoria che caratterizza un siffatto regime assicurativo è indispensabile per l'equilibrio finanziario e per l'attuazione del principio di*

*solidarietà, il quale implica che le prestazioni erogate all'assicurato non sono proporzionate ai contributi versati?*

- Del pari, anche la pronuncia del Tribunale di Primo Grado CE (sez. I, 4 marzo 2003, T-319/99) ha considerato non economica l'attività svolta dal servizio sanitario nazionale spagnolo poiché i prodotti acquistati per servire il servizio non rivenduti su un mercato e il servizio funzione *“conformemente al principio di solidarietà sotto il profilo delle sue modalità di finanziamento, attraverso oneri sociali e altri contributi statali”*, mentre le prestazioni sono erogate gratuitamente ai suoi iscritti *“sulla base di una copertura universale”*.
- Si noti, tuttavia, che come dimostra la giurisprudenza della CGCE (sez. V, 25 ottobre 2001, C-475/99<sup>25</sup>; cfr. Id., 21 settembre 1999, C-67/96<sup>26</sup>, Id., 21 settembre 1999, causa C-219/97, Id., 12 settembre 2000, C-180/98 e C-184/98) il discrimine tra attività economiche e non economiche non va rintracciato nello scopo sociale perseguito dal soggetto agente bensì nella circostanza che l'attività, per sua natura o per i vincoli di ordine normativo/amministrativo cui è soggetta, non può in alcun modo essere svolta in equilibrio fra costi e ricavi e, pertanto, può essere esercitato solo ricorrendo a strumenti di finanziamento di tipo solidaristico<sup>27</sup>.

### **Servizi pubblici e gestione dei beni**

- Con riguardo alla distinzione tra concessioni di servizi pubblici e concessione di beni pubblici, il TAR Lazio (Latina, 5 maggio 2006, n. 310) ha ritenuto rientrare nella categoria delle concessioni di servizio pubblico quella avente ad oggetto l'attività di ormeggio imbarcazioni da diporto in ragione del fatto che *“l'utilizzazione di un bene demaniale ai fini dello svolgimento di un pubblico servizio non vale a trasformare una concessione di servizi pubblici in concessione di beni pubblici, laddove oggetto della concessione sia la gestione di un'attività che è anche attività dell'amministrazione e che questa ben potrebbe svolgere in monopolio se*

<sup>25</sup> La corte ha qualificato come impresa un soggetto incaricato del trasporto urgente di malati, in quanto il servizio di trasporto era pagato dagli utenti.

<sup>26</sup> La corte ha ritenuto rientrare nella nozione di impresa gli enti incaricati della gestione di sistemi pensionistici integrativi, nonostante l'iscrizione obbligatoria per legge.

<sup>27</sup> v. L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, 72, secondo il quale si ha un'attività ispirata al principio di solidarietà *“quando esistono vincoli tali per cui, stante la struttura della domanda e dell'offerta, condizionata dalla legge, nessun privato enterebbe sul mercato”*.

*non prevalessero, sul piano organizzatorio, ragioni di convenienza economica alla sua esternalizzazione (nella specie, è stata)”.*

- Il TAR Lazio (sez. III, 2 agosto 2004, nn. 7571 e 7572) relativamente alle ipotesi di subconcessione di aree di servizio autostradale ha rilevato che trattasi di “*affidamento in (sub)concessione di un bene pubblico, nel cui ambito gli affidatari prestano a ben definite categorie di utenti un servizio pubblico consistente in attività specificamente individuate dalla legge*”.
- Lo stesso TAR Lazio (sez. I, 25 settembre 2007, n. 9401) ha qualificato la disposizione che concede ad una società l’uso di un’area interessata per una nuovo Autostazione Terminal Bus una concessione del suolo pubblico non involgendo, né la concessione di un servizio pubblico, né l’affidamento di un appalto.
- Il TAR Lazio (sez. II, 11 maggio 2007, n. 4315) ha evidenziato la non riconducibilità del bene demaniale alla nozione di servizio pubblico di cui all’art. 112 del d.lgs. 267/2000 poiché tra gli elementi caratterizzanti quest’ultimo figura anche quello della produzione ex novo di beni ed attività, dapprima non esistenti. Ne deriva, secondo il TAR, che la rete stradale – poiché costituisce di per sé un’utilità giuridica a vantaggio della collettività – non può essere organizzata in forma di servizio perché tale scelta non implica alcun valore aggiunto rispetto a quello connesso alla semplice proprietà del bene.
- La Cassazione (ord., sez. un., 19 aprile 2004, n. 7461) ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente ad una controversia avente ad oggetto l’esecuzione di un contratto di opera pubblica in ragione del fatto che il servizio pubblico comporta una prestazione resa da un soggetto alla generalità degli utenti, mentre esulano da tale nozione le prestazioni rese in favore dell’amministrazione per consentire alla stessa di disporre dei beni utilizzati per gestire il servizio che, al contrario, si collocano a monte del servizio.

### **In particolare: la concessione di costruzione e gestione**

Quanto alla differenza tra la concessione di lavori pubblici e la concessione di servizi pubblici particolarmente interessanti sono

- la pronuncia Cons. Stato (sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600) secondo cui “*la differenza tra le ipotesi della concessione di lavori pubblici e quella della concessione di servizi pubblici va rinvenuta nel tipo di nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell’opera; si avrà*

*perciò concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quando l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente".* Nella fattispecie, con riguardo al servizio pubblico di illuminazione cimiteriale, il Consiglio di Stato ha ravvisato l'esistenza di un servizio pubblico nella considerazione che i lavori affidati al concessionario nell'ambito della gestione del servizio stesso afferivano non ad un'opera nuova, ma alla manutenzione ed implementazione degli impianti esistenti.

- la pronuncia Cons. Stato (sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2805) relativa alla costruzione e gestione di un sistema impiantistico costituito da un centro di selezione ed una linea di biostabilizzazione e di un impianto di termovalorizzazione di rifiuti ha affermato che *“qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che laddove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici”*.
- Conforme è anche Cons. Stato (sez. V, 11 settembre 2000, n. 4795) secondo cui *“le ipotesi in cui ad un concessionario possa essere affidata l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla gestione del servizio cui l'opera è destinata, concertano diversi istituti secondo la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori: se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della "concessione di lavori pubblici"; nel caso cui l'espletamento di lavori sia strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione di un'opera pubblica già esistente, è configurabile l'ipotesi della concessione di servizi pubblici”*.

## **5. La “deroga” alla regola dell'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica e i limiti alla discrezionalità dell'ente locale nei servizi pubblici locali di rilevanza economica**

### *5.1 Le modalità “in deroga” di cui all'art. 23-bis*

La finalità dichiarata dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 è quella di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici [...], nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali, ai sensi dall'art. 117, comma 2, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”* (comma 1). Del resto, l'art. 23-bis richiama quale propria base giuridica l'art. 117 Cost, comma 2, lett. e), che riserva alla legislazione esclusiva dello Stato *“la tutela della concorrenza”*.

L'articolo prevede che l'affidamento dei servizi pubblici locali avvenga, in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 2), consentendo una deroga a tale ordinaria modalità di conferimento soltanto ove sussistano *“peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”* che *“non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”*. In tali casi, *“l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunicaria”* (comma 3).

Si tratta di una fondamentale innovazione introdotta nel segno della sussidiarietà orizzontale e della teoria dei c.d. *“fallimenti del mercato”* per effetto del quale il ruolo dell'ente locale in quanto gestore diretto del servizio pubblico è disegnato come sussidiario rispetto a quello delle imprese terze operanti sul mercato, sicchè soltanto un eventuale carenza di quest'ultimo è ritenuta idonea a giustificare tale ruolo.

Le condizioni sostanziali per la gestione *“in deroga”* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono ancora più stringenti rispetto a quelle previste, come si vedrà in seguito, dal diritto comunitario. Ai sensi del comma 3 dell'art. 23-bis si può ricorrere alle modalità di affidamento *“in deroga”* soltanto a condizione che:

- siano rispettati i principi del diritto comunitario, ossia, che sussistano le condizioni per procedere ad affidamenti *in house*;
- sussistano *“peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento”* tali da non consentire *“un efficace ed utile ricorso al mercato”* (requisito ulteriore rispetto alle condizioni previste dal diritto comunitario).

Tuttavia, va evidenziato come i presupposti del *“fallimento del mercato”* sono individuati in via generica, facendo ricorso a concetti giuridici indeterminati che fanno emergere un elevato tasso di incertezza e di discrezionalità.

Si noti, inoltre, che nei casi di affidamenti “in deroga” è previsto un procedimento aggravato per effetto del quale l’ente affidante deve:

- dare adeguata pubblicità a tale scelta;
- motivarla in base ad un’analisi del mercato che dimostri come, a causa delle “peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” non sia efficace e utile ricorrere al mercato;
- trasmettere una relazione sull’analisi del mercato all’AGCM e alle autorità di settore (ove costituite);
- attendere il parere obbligatorio (ma non vincolante) dell’AGCM e delle predette autorità (il parere deve essere rilasciato entro 60 gg. dal ricevimento della relazione).

Si tratta senza dubbio di un correttivo volto a risolvere, sul piano procedimentale, i profili problematici connessi all’assenza di un adeguato tasso di determinatezza della fattispecie sostanziale.

Di particolare interesse è la Comunicazione dell’AGCM, del 20 ottobre 2008, “*sull’applicazione dell’art. 23-bis, comma 3, del Decreto legge n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 relativo all’affidamento in-house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” che ha evidenziato come “*l’affidamento, nei casi disciplinati dal comma 3 dell’art. 23-bis, deve avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria. Tali principi riconducono l’utilizzabilità dell’istituto dell’affidamento diretto ad ipotesi eccezionali. Ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia e che qualificano il rapporto tra l’Ente Locale e la società affidataria si aggiungono quelli esogeni inerenti le particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, in maniera da circoscrivere ulteriormente l’ambito di applicazione dell’affidamento diretto attraverso modalità in house*”. Quanto invece alle modalità per la richiesta del parere, l’AGCM ha (i) affermato che “*l’ente locale che intenda affidare un servizio pubblico locale ai sensi dell’art. 23-bis, comma 3, deve presentare una richiesta di parere [...] prima della delibera con la quale l’Ente Locale stesso affiderà il servizio ed in ogni caso, in tempo utile per il rilascio del prescritto parere*”; (ii) individuato le informazioni e i documenti che considera essenziali al fine di poter esercitare in modo corretto le proprie funzioni<sup>28</sup>, predisponendo un formulario da utilizzare la per la redazione della richiesta di parere.

<sup>28</sup> L’ente deve fornire all’AGCM i seguenti documenti: a) una relazione contenente gli esiti dell’indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell’affidamento diretto rispetto all’esperienza di una procedura ad evidenza pubblica; b) informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a); c) tutte le indicazioni soggettive relative all’impresa/e interessata/e; d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; e) l’atto costitutivo, lo statuto e le

Si noti, tuttavia, come la stessa AGCM nelle osservazioni formulate in data 24.07 2008, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 abbia evidenziato come “*le disposizioni di cui al comma 4 dell'Articolo, ove si prescrive la sottoposizione di una relazione motivata all'Autorità da parte dell'ente locale affidante secondo modalità in house, benché mosse dall'apprezzabile intento di arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate, rischiano tuttavia di non risultare sufficienti a conseguire tale risultato. Il meccanismo di controllo di cui al comma 4 rappresenta l'unico argine amministrativo a interpretazioni troppo estensive sulla derogabilità*”. Del resto, l'eventuale emanazione di un parere negativo da parte dell'AGCM implicherebbe un aggravamento degli obblighi motivazionali in capo all'ente che, nonostante tale parere negativo, intendesse proseguire con un affidamento diretto<sup>29</sup>.

Inoltre, non v'è dubbio sul fatto che la decisione dell'ente di proseguire con un affidamento diretto, nonostante il parere negativo della AGCM, potrebbe essere contestata innanzi al giudice amministrativo da parte di imprese terze, interessate a concorrere per l'affidamento del servizio pubblico locale ed escluse a causa della decisione dell'ente. Si aprirebbe dunque il problema dello spazio riservato al sindacato del giudice amministrativo. Ad esempio, potrà sindacare le scelte dell'ente almeno nei casi in cui esse non siano basate sul bilanciamento tra considerazioni economiche e preoccupazioni di tutela degli interessi pubblici peculiari al contesto territoriale di riferimento?

### 5.2 La giurisprudenza comunitaria in tema di affidamenti “in house”

I principi fondamentali in materia di affidamenti diretti nella gestione di servizi pubblici locali sono stati dettati, principalmente, dall'opera interpretativa dei giudici della Corte di giustizia.

- In occasione di un giudizio vertente sull'affidamento diretto ad una società mista del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, senza il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, l'Avvocato Generale Alber configurava l'ammissibilità di tale forma di gestione esclusivamente sulla base dell'istituto della delegazione interorganica, con un controllo cioè del 100% del capitale sociale da parte del soggetto pubblico nei

---

informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in-house; g) indicazioni in merito ai principali concorrenti; h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

<sup>29</sup> Si noti che l'art. 23-bis, comma 10, demanda al governo il compito “di prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi”; pertanto è auspicabile che l'emanando regolamento si occupi di tale aspetto.

confronti del soggetto affidatario, tanto da far presumere che il soggetto istituito costituisca parte integrante dell'ente pubblico, in presenza di un siffatto controllo amministrativo e finanziario<sup>30</sup>.

- Con la sentenza Teckal la Corte di giustizia ha delineato la strada che poi sarà percorsa in successive decisioni e che condiziona la giurisprudenza ed il Legislatore italiani in materia di affidamenti in house di servizi pubblici locali: l'ammissibilità dell'affidamento diretto di un servizio può avvenire solamente nel caso in cui l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano<sup>31</sup>. La questione verteva sull'applicabilità dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Al riguardo, la Corte richiamava l'articolo 6, secondo il quale «la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'art. 1 lett. b) in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato». Diversamente, i giudici comunitari sostenevano che la disciplina da interpretare correttamente risiedeva nella direttiva 93/36, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, la quale tuttavia non conteneva una disposizione analoga a quella del citato art. 6, che consentisse l'individuazione di diritti esclusivi. Pertanto, conformemente all'art. 1, lett. a) della direttiva 93/36, non risultava pregiudicato in tali ipotesi l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare le previste procedure di gara, che si perfezionano con la conclusione di un contratto scritto a titolo oneroso fra un soggetto pubblico, ente locale, ed una persona giuridicamente distinta da questo. L'unica eccezione riconosciuta dalla Corte si sarebbe concretizzata solamente nel caso in cui l'ente locale esercitasse sulla persona di che trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e questa persona realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

<sup>30</sup> Corte giust. CE, 9 settembre 1999, causa C-108/98, Ri. San. Stammi bene s.r.l. e Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a.,

<sup>31</sup> Corte giust. CE, 18 novembre 1999, n. C-107/98, Teckal-Comune di Viano-Agac

- In occasione di altra decisione vertente in merito alla conclusione di un contratto a titolo oneroso concernente servizi rientranti nella direttiva 92/50 fra un'amministrazione ed una società da essa giuridicamente distinta, la Corte ha avuto modo di affermare che un'autorità pubblica, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne, non appartenenti a propri servizi. In questo caso non si configura un contratto oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice e pertanto non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici, solo se l'autorità pubblica eserciti sull'entità un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e nel caso in cui tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità controllante: in presenza di tali requisiti si configura l'istituto della delegazione interorganica, che esonera l'ente pubblico dal procedere nel rispetto delle regole di concorrenza. Invece, «la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»: ne consegue che ogniqualevolta l'amministrazione intenda concludere un contratto oneroso con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale detta amministrazione detiene una quota di partecipazione azionaria, è tenuta ad osservare le procedure ad evidenza pubblica<sup>32</sup>.
- Con altra sentenza la Corte ha contestato, ai sensi degli artt. 43 e 49 del trattato, l'affidamento diretto da parte di un comune di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico, rispetto al quale l'ente locale detiene una partecipazione dello 0,97%: un tale comportamento, a meno che non sia giustificato da circostanze obbiettive comporta un trattamento differenziato che, escludendo altri soggetti, opera in danno di questi in senso discriminatorio. Infatti, una partecipazione azionaria talmente esigua non può consentire un'adeguata potestà di controllo e, conseguentemente, non si configura come circostanza obbiettiva esimente per l'esclusione dell'adozione di una gara per la

<sup>32</sup> Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, Rpl Recyclingpark Lochau Gmbh e Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall.

scelta del soggetto affidatario del servizio<sup>33</sup>. L'Avvocato generale Kokot, in ordine ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR di Bolzano in una controversia riguardante la gestione di un parcheggio pubblico a pagamento ad una società per azioni di cui sia l'unico azionista, ha confermato che non sussiste la violazione degli artt. 43-49-86 del trattato qualora il comune, in assenza dell'espletamento di una previa gara, eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la suddetta società svolga la maggior parte della sua attività per il comune<sup>34</sup>. L'organo giurisdizionale in sede di decisione ha stabilito che l'attribuzione da parte di un'autorità pubblica ad un prestatore di servizi della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per il quale il prestatore riceve come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio, costituisce una concessione di pubblici servizi, cui è inapplicabile la direttiva 92/50. Ha confermato l'applicabilità delle norme di cui agli artt. 12, 43, 49 del Trattato e quindi la regola della gara per tali tipi di affidamenti, fatte salve le ipotesi eccezionali previste nelle precedenti decisioni, ed, al riguardo, ha evidenziato come non sia sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice detenga una partecipazione maggioritaria sul capitale della controllata: la sola partecipazione seppur minoritaria di un socio privato comporta unitamente ad una considerazione dei suoi interessi economici anche un possibile ostacolo al perseguimento dell'interesse pubblico, sia pure esso permanga astrattamente realizzabile sul piano giuridico.

Altro elemento sfavorevole consiste nella apertura del capitale sociale alla partecipazione di terzi, che potrebbero comunque partecipare agli utili derivanti dalla concessione attraverso la propria quota societaria. Infine, l'essenza della nozione di controllo analogo deve essere ricercata nel fatto che all'interno della società affidataria l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico: sono proprio tali esigenze a determinare di fatto le concrete possibilità di influenza rispetto ai loro servizi.

- La Corte, successivamente, ha confermato i concetti precedentemente espressi in materia di controllo analogo, escludendone la configurazione nelle seguenti ipotesi, in cui:

<sup>33</sup> Corte giust. CE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C- 231/03, Consorzio Aziendale Metano (Coname), Comune di Cingia de' Botti, Padania Acque s.p.a.

<sup>34</sup> Avvocato Generale Giuliane Kokot, 1 marzo 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH

- l'oggetto sociale sia ampliato a nuovi settori;
  - al capitale sociale della società affidataria del servizio possa essere in futuro ammessa la partecipazione di capitale privato;
  - l'ambito territoriale di attività sia ampliato oltre i confini territoriali del Comune;
  - il Consiglio di amministrazione sia dotato di amplissimi poteri di gestione da esercitare autonomamente<sup>35</sup>.
- Con altra decisione la Corte ha confermato i propri orientamenti disponendo la violazione della direttiva 92/50 CEE da parte dello Stato che affida un appalto di servizi ad una società mista a partecipazione pubblica maggioritaria senza che siano state rispettate le norme di procedura e di pubblicità previste dalla citata direttiva. La conclusione di un contratto a titolo oneroso concernente appalti pubblici di servizi tra una autorità aggiudicatrice ed una società giuridicamente distinta da essa, di cui detiene parte del capitale unitamente ad altri soggetti privati, è necessariamente assoggettata alla procedura di evidenza pubblica<sup>36</sup>.
  - L'avvocato Generale Geelhoed in relazione ad altra domanda pregiudiziale proposta da un giudice amministrativo nazionale<sup>37</sup> ha ulteriormente confermato la linea interpretativa finora seguita dalla Corte<sup>38</sup>. La decisione della Corte di giustizia, successivamente, ha confermato i principi che legittimano l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a totale capitale pubblico, in materia di concessione di pubblici servizi<sup>39</sup>. Al riguardo, ha affermato che gli artt. 43, 49, 86 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione non sono di ostacolo all'affidamento da parte di un ente pubblico di un servizio pubblico direttamente ad una società della quale detiene l'intero capitale, purché l'ente eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene. La Corte ha precisato che, in linea di principio, l'assenza totale di una procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici non appare conforme ai principi del Trattato contenuti negli artt. 43 e 49 e nemmeno ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e di trasparenza.

<sup>35</sup> Corte giust. CE, sez. I, 13 ottobre 20005, n. C-458/03, Parking Brixen

<sup>36</sup> Corte giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, n. C-29/04 Repubblica d'Austria-Modling

<sup>37</sup> Tar puglia, Bari, sez. III, 8 settembre 2005, n. 885

<sup>38</sup> Avvocato Generale Geelhoed, 12 gennaio 2006, n. C-412/04, Anav c. Comune di Bari, Amtab Servizi s.p.a.

<sup>39</sup> Corte giust. CE, sez. I, 6 aprile 2006, n. C 410/04, Anav c. Comune di Bari, Amtab s.p.a.

Tuttavia, tali principi non trovano applicazione ogniqualvolta si verificano le condizioni fissate in materia di affidamenti in house dalla giurisprudenza della Corte stessa, con particolare riguardo alla progressiva limitazione dei requisiti di tali affidi, che escluda per le società interessate la possibile apertura del capitale in mani private.

- L'avvocato Generale Stix-Hackl in occasione di un ulteriore giudizio, sollevato da domanda pregiudiziale proposta dal TAR Lombardia, vertente su un affidamento diretto in house, ha ulteriormente specificato gli elementi caratterizzanti il controllo analogo che devono essere individuati negli interessi dei detentori delle quote; nella trasformazione dell'azienda municipalizzata in una società per azioni; nella circostanza che l'apertura della società al capitale esterno non sia prevista né sia di fatto avvenuta; nella possibilità per la società partecipata di aprire filiali anche all'estero; nell'ampiezza della possibilità di influenzare la nomina del Consiglio di amministrazione e la dirigenza della società; nei poteri del Consiglio di amministrazione della società<sup>40</sup>. La Corte di giustizia con la sentenza dell'11 maggio 2006 in tema di affidamenti in house specifica ulteriormente i connotati fondanti di tale istituto, delimitandone ulteriormente l'area di applicazione in considerazione del fatto che l'utilizzo di tale strumento si è concretamente tradotto in una sottrazione di ampie aree economiche alla disciplina della concorrenza<sup>41</sup>. I giudici comunitari interpretano l'art. 1, lett. a), della direttiva n. 93/36 nel senso che non si rileva distinzione fra l'ente locale ed il soggetto affidatario di un servizio nel caso in cui il soggetto pubblico eserciti sull'altro soggetto un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e tale persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono: ciò che rileva ai fini della corretta qualificazione del controllo analogo è l'esame di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti da cui risulti che la società aggiudicataria è soggetta ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni, tanto in relazione agli obiettivi strategici che sulle più importanti decisioni della società.

In particolare, la mera detenzione dell'intero capitale sociale della società aggiudicataria è elemento sufficiente ma non decisivo, a parere della Corte, per decidere favorevolmente alla sussistenza di un controllo analogo.

<sup>40</sup> Avvocato Generale Stix-Hackl 12 gennaio 2006, n. C-340/04, Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio

<sup>41</sup> Corte giust. CE 11 maggio 2006, C 340/04, Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio

Altro requisito richiesto per potersi individuare un affidamento *in house* consiste nel fatto che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che lo detengono; ciò al fine di evitare che risulti falsato il libero gioco della concorrenza: pertanto, la società in questione non può essere attiva sul mercato ed entrare in concorrenza con altre imprese e, parimenti, ogni altra attività deve presentare carattere marginale.

Premesso quanto sopra, si può in definitiva affermare che la Corte di giustizia nel corso del tempo non solo ha delineato i limiti di ammissibilità degli affidamenti *in house* ma, è opportuno evidenziarlo, tali considerazioni sono state disposte in maniera sempre più stringente.

Si tratta della totale partecipazione pubblica, dell'esercizio del c.d. controllo analogo a quello che l'amministrazione esercita sui propri organi, dello svolgimento prevalente, se non esclusivo, dell'attività del soggetto affidatario nei confronti dell'amministrazione. Pertanto, con le ultime sentenze la Corte ha escluso la sussistenza del controllo analogo, qualora:

- l'oggetto sociale fosse estensibile ad ulteriori settori di attività;
- il capitale sociale dovesse essere oggetto di cessione, totale o parziale, a soggetti privati;
- il consiglio di amministrazione goda di poteri gestionali ampi ed esercitabili autonomamente rispetto all'amministrazione.

## **6. L'atipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica**

La caducazione disposta ad opera della Corte Costituzionale (sentenza 272/2004) dell'art. 113-bis TUEL, ha determinato un vuoto normativo con riferimento agli affidamenti esterni di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. La Corte ha, infatti, affermato che le disposizioni in materia di tutela della concorrenza si applicano solo alle attività economiche, in quanto con riferimento ai servizi privi di rilevanza economica non esiste un mercato concorrenziale, né un fine lucrativo.

Ne deriva che, venuta meno l'elencazione tassativa dalle modalità di gestione e l'obbligo di disciplinare i rapporti tra ente locale e soggetto erogatore dei servizi tramite contratto di servizio, si è fortemente ampliata la potestà normativa regionale e locale. In altri termini, della potestà di ricorrere, in ragione del venir meno del principio di tipicità delle formule

organizzative gestionali, di adottare le più svariate soluzioni gestionali (es. l'affidamento a società, fondazioni, associazioni, ecc...).

Particolarmente interessante, ai fini dell'individuazione dei limiti alla discrezionalità dell'ente locale in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica è il parere reso dalla Corte Conti, Sardegna, sez. contr., 18 giugno 2007, n. 9 in materia di gestione dei servizi pubblici locali mediante la costituzione di persone giuridiche di diritto privato da parte di un ente locale. Secondo la Corte, infatti, *“a prescindere dalla soluzione che il Comune vorrà in concreto adottare [...], ciò che rileva ai fini della soluzione dei quesiti posti all'attenzione della Sezione sono le ripercussioni finanziarie e contabili sul bilancio dell'Ente dell'affidamento diretto della gestione del servizio alla fondazione. Ciò in quanto, a prescindere dalla circostanza che l'affidamento del servizio sia avvenuto attraverso lo strumento della concessione ovvero si sia fatto ricorso alla figura dell'appalto, la fondazione può venirsi a trovare in perdita. Nel primo caso se i contributi pubblici e i corrispettivi erogati dagli utenti non coprono interamente i costi di gestione; nel secondo se la remunerazione del servizio corrisposta dall'Ente locale non è sufficiente a coprire i costi. In entrambi i casi, in mancanza di erogazioni ordinarie e/o straordinarie da parte dell'Ente locale, la fondazione intacca progressivamente il suo patrimonio, ovvero la dotazione che il Comune, impoverendo il proprio patrimonio, gli ha assegnato, in entità che dovrebbe essere adeguata, ai sensi dell'art. 1, comma 3, del DPR 361 del 2000, allo scopo da realizzare.*

*Con riferimento alla necessità che il Comune alleggi al proprio bilancio di previsione il consuntivo della fondazione, detto adempimento trova fondamento nel disposto dell'art. 162, comma 1, del TUEL (ai sensi del quale “gli enti locali deliberano annualmente il bilancio di previsione finanziario redatto in termini di competenza, per l'anno successivo, osservando i principi di unità, annualità, universalità ed integrità, veridicità, pareggio finanziario e pubblicità”) e, in particolare, nel principio dell'universalità, ai sensi del quale è necessario ricomprendere nel sistema di bilancio tutte le operazioni ed i relativi valori finanziari, economici e patrimoniali, riconducibili all'ente locale, al fine di presentare una rappresentazione veritiera e corretta dell'andamento dell'ente. Il rispetto dell' art. 172, comma 1, lettera b) del TUEL, che richiede, come allegato al bilancio di previsione, “le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle unioni di comuni, aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce”, per quanto costituisca elemento necessario al fine di fornire detta rappresentazione veritiera e corretta dell'andamento dell'ente, non sempre è, infatti, sufficiente a realizzare pienamente il principio di universalità (cfr. Osservatorio per la Finanza e la*

*Contabilità degli Enti locali – Principi contabili per gli Enti locali – Luglio 2002 – in particolare i principi 40 e ss.).*

*Con riferimento all'autonomia patrimoniale della fondazione può solo dirsi che, in assenza di una disciplina speciale (quale, ad esempio, quella delle fondazioni bancarie o delle fondazioni universitarie), la fondazione è regolata in tutti i suoi aspetti dal diritto privato, anche quando, come nel caso in esame, la "partecipazione" dell'ente locale è totalitaria, gli organi di amministrazione sono formati da soggetti designati dall'ente pubblico e la fondazione assume, pertanto, ai sensi della normativa comunitaria, lo status di organismo di diritto pubblico. Non sussiste, ai sensi della normativa attualmente vigente, un obbligo per l'ente locale di ripianare eventuali perdite della fondazione. Ciò non toglie che, di fronte ad una situazione di perdita della fondazione il Comune si trovi di fronte all'alternativa tra aumentare l'entità dei contributi ordinari erogati (ovvero l'entità di quanto corrisposto a titolo di remunerazione del servizio, se dato in appalto), erogare un contributo straordinario, ovvero permettere che la fondazione eroda progressivamente il proprio patrimonio, con il rischio di non avere più mezzi adeguati alla realizzazione dello scopo socio assistenziale per il quale è stata costituita (e che si arrivi alla trasformazione della fondazione o alla liquidazione ed estinzione della stessa). In ogni caso detta situazione di perdita si ripercuote sul bilancio comunale o in termini di aumento delle spese effettuate a favore della fondazione o in termini di perdita definitiva di quel patrimonio che il Comune ha sì trasferito alla fondazione nel momento della sua costituzione (e del quale lo Statuto potrebbe, in via cautelativa, prevedere, in caso di scioglimento della persona giuridica, la devoluzione al Comune fondatore), ma dal quale continua a ricevere una utilità indiretta fintanto che la fondazione è in grado di erogare il servizio e perseguire lo scopo socio assistenziale per il quale è stata costituita. L'esercizio di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi dovrebbe consentire al Comune di intervenire prima che la situazione di perdita si concretizzi e valutare, nell'ambito della propria autonomia gestionale, il ricorso a forme alternative e più efficienti di gestione del servizio [gestione in economia da parte del comune; affidamento diretto ad istituzioni, aziende speciali o società a totale partecipazione pubblica; affidamenti, previa procedura ad evidenza pubblica, a soggetti terzi privati (imprese individuali, società di persone, società di capitali, associazioni, fondazioni private)].*

## **7. Conclusioni**

L'analisi sin qui svolta, sebbene in molti aspetti incompleta, contribuisce ad evidenziare come la disciplina dei servizi pubblici locali sia ormai in marcia verso l'atipicità (tanto nell'individuazione di ciò che è servizio pubblico, quanto nelle modalità e forme di gestione). Ma se è vero che la tipicità non può e non deve essere ridotta a semplice

elemento di disturbo dell'azione amministrativa, occorre chiedersi se la politica e le istituzioni saranno in grado di svolgere – anche in assenza di un elemento ordinatore dei fenomeni sociali ed economici qual è la legge – quella funzione di presidio degli interessi generali che è, invece, l'autentica ragion d'essere della tipicità di cui all'art. 97 della Costituzione.

In un contesto come quello attuale, caratterizzato da una sempre più evidente debolezza della politica, la tutela degli interessi degli utenti e della collettività all'interno del “mercato” dei servizi pubblici necessita di un forte richiamo ai principi di ragionevolezza e proporzionalità. E cioè, a quei principi fatti propri anche dalla Corte di Giustizia nell'applicazione della deroga alle regole del mercato prevista per i servizi d'interesse economico generale dall'art. 86 Trattato CE.

Non sfugge, infatti, come un'astratta preferenza accordata al mercato e alla concorrenza ovvero alla potestà pubblica di organizzazione potrebbe, nella sostanza, risolversi in un costo addossato sulla collettività. Infatti, un aprioristico *favor* per il ricorso al mercato tramite le esternalizzazioni (o, al contrario, per l'auto-produzione) potrebbe rischiare di provocare molteplici danni agli interessi generali coinvolti.

Occorre considerare come, spesso, contrapposte all'esigenza di non comprimere e in molti casi di creare il mercato concorrenziale, vi siano le esigenze generali - anche di contenimento della spesa pubblica - e i diritti fondamentali. A tali beni pubblici, posti dallo stesso ordinamento comunitario in una posizione sovraordinata rispetto alla concorrenza e alle altre libertà di mercato, deve fare riscontro la potestà organizzativa dell'amministrazione nei limiti di cui all'art. 97 della Costituzione.

Secondo questa impostazione che è tipica dell'economia sociale di mercato, non appare conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità accordare la preferenza al mercato sino al limite del suo fallimento (e cioè, anche qualora meno efficiente ed economicamente meno vantaggioso di opzioni organizzative pubbliche). Così come, peraltro, altrettanto non conforme ai suddetti principi risulta essere l'aprioristica legittimazione delle opzioni organizzative pubbliche basate sul dogma della potestà pubblica di organizzazione e della sua insindacabilità nel merito.

L'applicazione dei richiamati principi di proporzionalità e ragionevolezza può tradursi – come solo timidamente previsto nell'art. 23-bis – nel dovere dell'amministrazione aggiudicatrice di motivare la propria scelta, specie se alternativa al mercato, dando conto

delle ragioni d'interesse generale e della preferibilità tecnica ed economica dell'offerta interna rispetto a quella reperibile sul mercato.

Tuttavia, in assenza di un rinnovato quadro normativo capace di offrire un “ordine” giuridico del “mercato” dei servizi pubblici, anche tale onere potrebbe non essere sufficiente a garantire gli interessi generali. Si rende pertanto necessario accompagnare la previsione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 23-bis con un quadro normativo sufficientemente chiaro e coerente che, valorizzando il principio di sussidiarietà (orizzontale e verticale), sappia individuare il giusto equilibrio tra interessi generali e mercato delimitando in modo rigoroso la discrezionalità degli enti locali in materia di organizzazione dei servizi pubblici economici.

Al di fuori di un contesto di tipicità delle forme organizzative e gestionali dei servizi pubblici, la segnalata contestuale necessità di un nuovo “ordine” del mercato dei servizi pubblici locali e di una congrua motivazione delle scelte compiute dagli enti locali, si giustifica sia in ragione dell'esigenza di tutelare il mercato e l'utenza pubblica che di non legittimare la costituzione di un apparato organizzativo *in house* o misto pubblico-privato inefficiente e costoso, come tale contrario sia al modello dell'amministrazione di risultato, sia all'esigenza di integrazione dei mercati.



## CHI SIAMO

Il Tocqueville-Acton *Centro Studi e Ricerche* nasce dalla collaborazione tra la **Fondazione Novae Terrae** ed il **Centro Cattolico Liberale** al fine di favorire l'incontro tra studiosi dell'intellettuale francese Alexis de Tocqueville e dello storico inglese Lord Acton, nonché di cultori ed accademici interessati alle tematiche filosofiche, storiografiche, epistemologiche, politiche, economiche, giuridiche e culturali, avendo come riferimento la prospettiva antropologica ed i principi della Dottrina Sociale della Chiesa.

## PERCHÈ TOCQUEVILLE E LORD ACTON

Il riferimento a Tocqueville e Lord Acton non è casuale. Entrambi intellettuali cattolici, hanno perseguito per tutta la vita la possibilità di avviare un fecondo confronto con quella componente del liberalismo che, rinunciando agli eccessi di razionalismo, utilitarismo e materialismo, ha evidenziato la contiguità delle proprie posizioni con quelle tipiche del pensiero occidentale ed in particolar modo con la tradizione ebraico-cristiana.

## MISSION

Il Centro, oltre ad offrire uno spazio dove poter raccogliere e divulgare documentazione sulla vita, il pensiero e le opere di Tocqueville e Lord Acton, vuole favorire e promuovere una discussione pubblica più consapevole ed informata sui temi della concorrenza, dello sviluppo economico, dell'ambiente e dell'energia, delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, della fiscalità e dei conti pubblici, dell'informazione e dei media, dell'innovazione scientifica e tecnologica, della scuola e dell'università, del welfare e delle riforme politico-istituzionali.

Oltre all'attività di ricerca ed approfondimento, al fine di promuovere l'aggiornamento della cultura italiana e l'elaborazione di public policies, il Centro organizza seminari, conferenze e corsi di formazione politica, favorendo l'incontro tra il mondo accademico, quello professionale-imprenditoriale e quello politico-istituzionale.