



REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	I Referendario
dott.ssa Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza del 17 marzo 2009

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la Legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la Legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e ss.m.i.;

Visto il Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Vista la Legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota prot. n. 1153 del 26 febbraio 2009, con la quale il Sindaco del Comune di Malnate (VA) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004, con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della Legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza n. 40 del 27 febbraio 2009, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Malnate (VA);

Udito il relatore, dott. Giancarlo Penco

PREMESSA

Con la nota indicata in epigrafe il Sindaco del Comune di Malnate (VA) ha chiesto alla Sezione di rendere apposito parere in merito all'ambito di applicazione dell'art. 23*bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella Legge 6 agosto 2008, n. 133.

Più precisamente si chiede per quali servizi pubblici locali opera l'applicazione del citato art. 23*bis*.

IN VIA PRELIMINARE

La richiesta del parere in esame è fondata sull'art. 7, comma 8, della Legge 5 giugno 2003, n. 131, che attribuisce alla Corte dei conti una funzione consultiva in materia di contabilità pubblica.

Il primo punto da esaminare è l'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti appunto dall'art. 7, comma 8, della Legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito questa Sezione ha precisato in più occasioni che la norma in esame, il cui contenuto risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza contabile che dalla dottrina, consente alle amministrazioni regionali, provinciali e comunali, di rivolgere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti due diverse tipologie di richieste (deliberaz. n. 9 del 12 marzo 2007). Da un lato, possono domandare l'intervento della magistratura contabile al fine di ottenere forme di "collaborazione", non specificate dalla legge, dirette ad assicurare la regolare gestione finanziaria dell'ente ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Dall'altro possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

La funzione consultiva, che nei primi anni di applicazione della legge è stata la principale forma di collaborazione attivata dalle amministrazioni locali, non esaurisce, quindi, la possibilità d'intervento delle Sezioni regionali della Corte dei conti, in seguito a specifiche richieste degli enti territoriali.

Anzi, in base alla formulazione della norma non sembrerebbe neppure essere la principale forma di collaborazione, poiché nella prima parte del comma 8 dell'art. 7 è chiaramente specificato che gli enti territoriali possono domandare alle Sezioni regionali della magistratura contabile "ulteriori forme di collaborazione", con l'unico limite della finalizzazione alla regolare gestione finanziaria dell'ente ed allo svolgimento della azione amministrativa secondo i parametri dell'efficienza e dell'efficacia.

L'intensificarsi dell'uso degli strumenti collaborativi innanzi indicati richiede ulteriori approfondimenti sulla natura e sull'ambito della funzione, indirizzati al suo corretto esercizio.

In proposito va considerato che l'attribuzione della funzione consultiva alle Sezioni Regionali della Corte dei conti si situa nell'ambito dell'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale n. 3/2001 che ha radicalmente modificato il titolo V della Costituzione.

In conseguenza della equiordinazione degli enti territoriali allo Stato (art. 114 Cost.), e della necessaria abrogazione di ogni forma di controllo amministrativo esterno sulle Regioni (art. 125 Cost.), sulle Province e sui Comuni (art. 130 Cost.), il legislatore ha inteso permettere agli enti territoriali di avvalersi della collaborazione della Corte dei conti, organo magistratuale che opera quale garante imparziale nell'interesse dello Stato-comunità (Corte cost. 12-27 gennaio 1995, n. 29), e, dopo la riforma costituzionale, di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica (Corte cost. 11 ottobre-9 novembre 2005, n. 417).

Le nuove attribuzioni conferite alla Corte dei conti appaiono così finalizzate ad individuare un organo neutrale che, in materia di coordinamento della finanza pubblica, interagisce tra i vari livelli di governo della Repubblica a tutela delle istanze e prerogative di ciascuno di essi in una materia, quale quella della finanza pubblica, che condiziona l'esercizio di tutte le funzioni pubbliche.

Contemporaneamente le modalità di esercizio del controllo e le ulteriori attribuzioni intestate alla Corte di conti intendono esaltare la natura collaborativa della funzione, propedeutica allo svolgimento dell'attività degli

enti territoriali secondo il principio di legalità e, soprattutto, di legalità finanziaria.

In proposito questa Sezione ha più volte posto in luce che la nozione di legalità riferita all'attività della pubblica amministrazione si è andata approfondendo ed arricchendo, investendo l'esercizio del potere conferito all'amministrazione non solo al rispetto delle disposizioni normative, ma anche alla sua rispondenza ai principi di buona amministrazione canonizzati nell'art. 97 della Costituzione. Anzi, quest'ultimo aspetto del principio di legalità va assumendo sempre maggior rilievo, dal momento che la pubblica amministrazione, ed in particolar modo gli enti territoriali, assicurano ai cittadini servizi pubblici, il cui livello delimita le loro condizioni di vita. Ne consegue l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di legalità, come sopra inteso, sia preventivamente, in sede di processo decisionale degli amministratori dell'ente, sia in sede di verifica dell'attività attraverso i controlli interni ed il controllo esterno collaborativo.

La funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della Legge n. 131/2003 si connota così come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione s'inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nell'ambito delle tematiche sulle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che pertengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno.

Alla luce delle esposte considerazioni va delimitato l'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti ad attivare le forme di collaborazione.

Quanto all'individuazione dell'organo legittimato ad inoltrare le richieste di parere dei Comuni, occorre premettere che la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con documento approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità di esercizio dell'attività consultiva, al fine di garantire l'uniformità d'indirizzo in materia, limitando l'ammissibilità delle richieste, sul piano soggettivo, agli organi rappresentativi degli enti (nel caso del Comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il

Consiglio comunale). Inoltre si è ritenuto che la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali non costituisca elemento ostativo all'ammissibilità della richiesta, poiché l'art. 7, comma 8, della Legge n. 131/2003 usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti.

In tal senso, questa Sezione, con deliberazione n. 1 del 4 novembre 2004, ha già precisato che "non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale".

Limiti alla legittimazione oggettiva vanno invece stabiliti solo in negativo. In proposito va infatti posto in luce che la nozione di "contabilità pubblica" deve essere intesa nell'ampia accezione che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti, ed investe così tutte le ipotesi di spendita di denaro pubblico, oltre che tutte le materie di bilanci pubblici, di procedimenti di entrata e di spesa, di contrattualistica, che tradizionalmente e pacificamente rientrano nella nozione. D'altro canto la norma in discussione non fissa alcun limite alle richieste di altre forme di collaborazione.

In negativo, senza peraltro voler esaurire la casistica, va posta in luce l'inammissibilità di richieste interferenti con altre funzioni intestate alla Corte ed in particolare con l'attività giurisdizionale, di richieste che si risolvono in scelte gestionali di esclusiva competenza degli amministratori degli enti, di richieste che attengono a giudizi in corso, di richieste che riguardano attività già svolte, dal momento che i pareri sono propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli amministratori e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare provvedimenti già adottati.

Venendo al caso di specie, la richiesta di parere è, conformemente a quanto si è detto, sottoscritta dal Sindaco del Comune di Malnate (VA).

Si ritiene sussista anche il requisito di ammissibilità oggettiva, posto che il quesito verte sull'interpretazione di norme afferenti alla disciplina dei servizi pubblici locali, con specifico riferimento alle modalità organizzative degli stessi ed ai loro inevitabili riflessi sul piano della contabilità dell'ente.

NEL MERITO

L'ART. 23BIS DEL D.L. 25 GIUGNO 2008, N. 112, CONVERTITO NELLA LEGGE 6 AGOSTO 2008, N. 133

Con il D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella Legge 6 agosto 2008, n. 133, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di servizi pubblici locali con una serie di disposizioni, contenute nell'art. 23bis, intese a limitare sostanzialmente l'uso dell'esternalizzazione a società *in house* o comunque partecipate dall'ente nella gestione di servizi pubblici.

La nuova disciplina *"riguarda l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire da un lato la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, dall'altro di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) ed m) della Cost., assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione"*.

Inoltre, viene espressamente ed innovativamente previsto che le disposizioni dell'art. 23bis si applicano a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili (comma 1 dell'art. 23bis), con conseguente abrogazione, nelle parti incompatibili, dell'art. 113 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (in tal senso il comma 11 dell'art. 23bis).

La nuova normativa prevede sostanzialmente che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga, in via ordinaria, a favore di soggetti individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, ossia, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

L'art. 23bis prevede, altresì, che a tale principio generale si possa derogare in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non

permettono un efficace ed utile ricorso al mercato. In questo caso, tuttavia, è necessario che l'ente affidante il servizio dia adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmetta una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere.

Va peraltro, fatta menzione anche delle disposizioni, sempre contenute nell'art. 23*bis* citato, che prevedono l'emanazione di uno o più regolamenti, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di prevedere, tra l'altro, l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di stabilità interno, nonché l'osservanza, da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

Si tratta di norme che confermano, quanto già messo in luce più volte da questa Corte, sia in sede consultiva che in sede di controllo, e cioè la necessità che i risultati finanziari delle società affidatarie di servizi pubblici, anche in mancanza di una specifica disciplina che preveda il loro consolidamento con i risultati finanziari dell'ente pubblico costituente/partecipante/affidante, debbano essere conteggiati insieme a quest'ultimo, al fine di calcolare le grandezze di finanza pubblica relative al Patto di stabilità interno e di impedire che si creino situazioni occulte di debito pubblico (si veda, *ex multis*, la deliberaz. di questa Sezione n. 268 del 15 dicembre 2008).

L'AMBITO COMUNITARIO

Come è detto espressamente dallo stesso legislatore, la nuova disciplina introdotta dall'art. 23*bis* del D.L. n. 112/2008 ha essenzialmente lo scopo di proseguire nel percorso di progressivo allineamento del nostro ordinamento interno, in materia di servizi pubblici, alle scelte di politica economica e legislativa effettuate a livello comunitario.

Il diritto comunitario non conosce una nozione di servizio pubblico. Si rinvengono, invece, sia nel Trattato U.E. (nella versione antecedente al Trattato di Lisbona, che però non è ancora in vigore) che nel Libro bianco della Commissione Europea sui servizi di interesse generale (12/5/2004, n.

374), le nozioni di "servizio di interesse economico generale" e "servizio di interesse generale".

L'espressione "servizi di interesse economico generale" è utilizzata negli artt. 16 e 86, paragr. 2, del Trattato, che peraltro non ne detta una definizione, così come non la si ritrova nella normativa derivata. Nella prassi comunitaria l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

L'espressione "servizi di interesse generale" non è presente nel Trattato ma è derivata dalla prassi comunitaria (è utilizzata anche nel Libro bianco citato) e fa riferimento ad un concetto più ampio di quello di "servizi d'interesse economico generale", riguardando sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

L'art. 86.2 del Trattato prevede espressamente che i servizi di interesse economico generale soggiacciono alle regole della concorrenza purchè la loro osservanza non osti alla specifica missione affidata alle imprese che li gestiscono, essenzialmente consistente - come precisato nella Risoluzione approvata il 27/9/2006 sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale - nella necessità di fornire servizi che rispondono ai parametri di qualità, equilibrio sociale, sicurezza dell'approvvigionamento, continuità nella resa del servizio, adeguata copertura territoriale, prezzo accessibile.

L'art. 16 del Trattato CE sottolinea il ruolo degli Stati membri nella disciplina dei servizi d'interesse economico generale e la Risoluzione sopra citata sottolinea che deve essere rispettato il principio di autonomia locale e regionale che conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio tenendo conto dell'interesse pubblico.

Quindi, da un lato, viene ribadita l'autonomia degli Stati membri nell'organizzare e disciplinare i servizi pubblici di rilevanza economica, dall'altro vi è l'esigenza di armonizzare tale organizzazione e disciplina ai principi comunitari che informano la materia.

La medesima Risoluzione sopra citata raccomanda alle autorità competenti che intendano finanziare i servizi di interesse economico generale in modo diverso dal finanziamento con imputazione a carico del proprio

bilancio, di scegliere forme di intervento economico conformi alle disposizioni del Trattato CE, in particolare dell'art. 86.2, soprattutto quando vengono concessi diritti esclusivi e speciali, o vengono accordati compensazioni per la prestazione dei servizi pubblici, o quando vengono attivati fondi per la prestazione dei servizi pubblici; ipotesi tutte che devono trovare fondamento in situazioni economiche, sociali, territoriali che giustifichino una deroga alle regole generali.

LA DISCIPLINA INTERNA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Com'è noto, nel nostro ordinamento interno la materia dei servizi pubblici locali ha subito, nel corso del tempo, numerose modifiche, dovute, in un primo tempo, al progressivo mutato ruolo dei pubblici poteri in materia (da gestori a regolatori), in seguito e più di recente alla già messa in luce necessità di armonizzare gli istituti e la normativa italiana ai principi comunitari.

Peraltro, tale armonizzazione non può dirsi attualmente ancora del tutto perfezionata, posto che permangono, come si vedrà, differenze concettuali che creano non pochi problemi applicativi, a partire dalla stessa nozione di servizio pubblico locale che non è univoca e condivisa nel nostro ordinamento interno e non è neppure coincidente con quella comunitaria.

La disciplina interna dei servizi pubblici locali è contenuta nel titolo V (artt. 112 e ss.) del D. lgs. n. 267/2000 (T.U. enti locali).

L'art. 112 individua i servizi pubblici, dal punto di vista teleologico, nella *"produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"*.

Peraltro, anche alla luce della dizione dell'art. 112 non può dirsi chiaro ed univoco il concetto di servizio pubblico, mancandone appunto una definizione espressa, fatta eccezione per la disciplina penalistica, che peraltro è fondata sulla distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico.

Queste due figure, quale emergono dagli artt. 357 e 358 c.p., sono caratterizzate la prima per la formazione e la manifestazione della volontà e per l'attività nel suo svolgersi attraverso poteri autoritativi e certificativi, e la seconda per la mancanza di tali poteri.

Nella legislazione amministrativa è sempre mancata una regolazione normativa dalla quale potesse desumersi un preciso concetto di pubblico

servizio, né ha trovato ingresso nel dibattito dottrinale e nell'esperienza giurisprudenziale una definizione condivisa di pubblico servizio.

In proposito è stato certamente notato che con la locuzione si intendono cose diverse non solo nei differenti ambiti economico e giuridico, ma anche limitandosi a quest'ultimo settore.

Infatti le concezioni giuridiche del servizio pubblico sono due: quella nominalistica e soggettiva e quella sostanziale ed oggettiva.

Secondo la prima, nella nozione di servizio pubblico rientra ogni attività non necessariamente pubblica che i pubblici poteri svolgono o per disposto di legge o per assunzione volontaria, derivando la qualificazione dal fatto che quella certa attività sia propria di un certo ente, anche se non sia di esso esclusiva.

Secondo la concezione oggettiva, è la natura dell'attività, come caratterizzata da precisi tratti di diritto positivo, ad individuare il servizio pubblico, indipendentemente dalle modalità di gestione e dal soggetto che svolge l'attività, collegandola al soddisfacimento od alla tutela di un interesse pubblico quale valutato nella appropriata sede legislativa o regolamentare.

Sulla nozione di servizi pubblici locali è più volte intervenuto il Consiglio di Stato affermando la necessità di entrambe le qualificazioni, soggettiva ed oggettiva (cfr. sentenze n. 1289 del 2003, n. 8090 del 2004, n. 7369 del 2006).

Peraltro, l'esame delle normative di settore rende evidente che il legislatore non si è preoccupato di identificare positivamente una nozione generale di servizio pubblico, ma ha piuttosto dettato la concreta disciplina degli atti e dei rapporti che intervengono nei settori considerati.

In proposito significativo è il passaggio dal vecchio Testo Unico sulla municipalizzazione dei servizi 15 ottobre 1925, n. 2576 al nuovo ordinamento delle autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142) che ha segnato l'espansione del potere degli enti di enucleare servizi pubblici, ampliandone anche le modalità di gestione, attraverso il contenuto, ritenuto in dottrina sovrabbondante, dell'art. 22 della citata Legge n. 142/1990, secondo cui "i Comuni e le Province, 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" (poi sostanzialmente confluito nell'art. 112 T.U. enti locali sopra citato).

In effetti l'ordinamento lascia all'autonomia delle singole amministrazioni l'individuazione di interessi pubblici da soddisfare per assicurare a servizi pubblici e prevede la gestione delle attività così individuate attraverso una serie vastissima di organismi, la cui varietà è estrema nell'attuale panorama legislativo quanto a configurazione giuridica e a metodi organizzativi, ovvero anche mediante l'affidamento, sotto forma di concessione o anche di contratti con privati.

Si deve anzi ritenere che, salvo divieti espliciti o impliciti, il soggetto pubblico possa avvalersi anche della sua normale capacità di diritto privato quando non abbia necessità di usare poteri autoritativi (cfr. sul punto la deliberaz. di questa Sezione n. 270/2008).

Momento fondamentale per la determinazione dell'assetto dei servizi pubblici nel sistema territoriale è, pertanto, la decisione dell'ente di assumere il compito.

Pertanto, allo stato attuale della legislazione ed in una prospettiva oggi non ancora del tutto compiuta, il servizio pubblico va considerato essenzialmente come un modello generale di organizzazione di attività di pubblici poteri (o anche di fasi di esse) ove nel suo svolgimento non sia implicato l'esercizio di poteri autoritativi e salve comunque le riserve di ordine costituzionale.

Altro punto controverso ha riguardato, e riguarda tuttora, la distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi pubblici privi di rilevanza economica.

In proposito va ricordato che la Legge 28 dicembre 2001, n. 448 ha modificato l'art. 113 T.U. enti locali e ha inserito l'art. 113*bis* introducendo la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale", assoggettando i primi al regime di concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica e prevedendo per i secondi l'affidamento diretto.

La disciplina dei servizi pubblici locali ha subito due ulteriori modifiche: innanzi tutto ad opera del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella Legge 24 dicembre 2003, n. 350, il quale ha sostituito, alla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale/non di rilevanza industriale, quella tra servizi pubblici "a rilevanza economica" e servizi pubblici "privi di rilevanza economica", con ciò mostrando l'intento di superare la distinzione dei servizi

pubblici basata esclusivamente sul modo tecnico in cui il servizio pubblico viene prodotto, cioè sul suo carattere strutturale e di produzione.

Inoltre, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 2004, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113*bis* del T.U. enti locali in materia di servizi privi di rilevanza economica, in quanto, nella valutazione della Corte, questi servizi non attengono alla tutela della concorrenza (come invece i servizi di rilevanza economica) e perciò la relativa disciplina non spetta alla competenza statale ex art. 117 Cost.

Ciò ha determinato di fatto una sorta di vuoto di disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, che non è stato colmato neppure dall'art. 23*bis* del D.L. n. 112/2008, il quale si riferisce espressamente ai servizi a rilevanza economica.

I SERVIZI A RILEVANZA ECONOMICA

Viene così in rilievo l'esigenza di individuare, al fine dell'applicazione dell'art. 23*bis* citato, i criteri in base ai quali distinguere i servizi pubblici di rilevanza economica dai servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Come si è già detto, la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi pubblici privi di rilevanza economica è stata introdotta dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269 convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 e risponde all'esigenza di conformare l'ordinamento interno alle norme comunitarie in materia di tutela della concorrenza.

In particolare l'art. 113 novellato, fermo restando l'obbligo della proprietà pubblica delle reti e la disciplina speciale di talune attività, individua modalità di gestione delle reti e di erogazione dei servizi pubblici "di rilevanza economica", ai quali appunto deve essere applicata la normativa comunitaria sulla concorrenza, alla quale non soggiacciono invece i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

La disciplina legislativa si inserisce in un quadro normativo in costante evoluzione sia ai fini del rispetto di vincoli comunitari sia per pulsioni di legislazione interna sull'ambito e sui limiti delle esternalizzazioni dei servizi e su livelli e modalità delle prestazioni rese.

Le innovazioni introdotte sono state sostanzialmente determinate da rilievi espressi dalla Commissione europea sulla precedente normativa e dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento nell'art. 117 novellato dalla Costituzione.

Sotto questo profilo sono significativi nell'art. 113 T.U.E.L., così come modificato nel 2003, sia il testuale riferimento alla tutela della concorrenza, sia la nuova qualificazione di "rilevanza economica" attribuita in luogo della precedente già menzionata qualificazione di rilevanza industriale a determinati servizi pubblici locali in analogia con la denominazione adottata in sede comunitaria.

Per converso la locuzione "servizi privi di rilevanza economica" è stata adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000 ed essa già indica che non sono applicabili a questo tipo di servizi le norme di tutela della concorrenza, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

La distinzione così come enucleata non è di per sé idonea a segnare un sicuro confine tra le due tipologie di servizi pubblici, non sussistendo precisi e cogenti indici di individuazione.

Va ricordato in proposito che la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM/2003/270 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"*.

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).

I servizi locali, quindi, si connotano come privi di rilevanza economica in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione.

La difficoltà di distinzione tra le due tipologie di servizi sconta problemi di carattere generale, che partono già dalla difficoltà di individuare una precisa nozione di servizio pubblico come si è innanzi notato.

Peraltro, gli indici di "non economicità" indicativamente citati nel libro bianco sono tutti di carattere negativo e tendenti ad escludere il carattere di

imprenditorialità nella resa del servizio, posto che l'impresa è attività economica.

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

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

Un tale contenuto della nozione di attività economica sembra essere stata recepita sul piano legislativo per gli enti pubblici, per i quali la produzione di beni o servizi è qualificabile come "imprenditoriale" in quanto essi sono tenuti per legge ad operare secondo "criteri di economicità", criteri di autosufficienza economica da valutarsi peraltro oggettivamente con riferimento all'attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa.

Non può invece qualificarsi come "attività economica" la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi.

Non è pertanto l'oggetto dell'attività ma la modalità di gestione che determina l'indice della sua economicità.

D'altro canto è opinione consolidata che, da un lato, le associazioni, le fondazioni e, più in generale, tutti gli enti privati con fini ideali o altruistici possono svolgere attività di impresa, almeno per quei tratti di attività produttiva condotta con metodo economico, dall'altro anche i servizi cosiddetti "sociali", connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, possono risultare compatibili con la nozione di servizio di rilevanza economica se e nel momento in cui presentano, per le modalità di esplicazione, una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa (si veda, a tal proposito, Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072).

Inoltre, la valutazione relativa al carattere privo o meno di rilevanza economica del servizio in affidamento non può andare disgiunta da una considerazione globale dell'attività posta in essere dal soggetto affidatario, dovendosi avere riguardo non al contenuto specifico dei singoli servizi affidati, ma all'interesse economico globalmente perseguito dal soggetto affidatario, la cui struttura societaria unitaria nei profitti e nelle perdite - che concorrono a

formare il bilancio societario in termini parimenti unitari - impedisce di porre i singoli servizi espletati su piani separati e non comunicanti (Cons. di Stato n. 5072 sopra citata).

Alla luce di siffatte considerazioni, v'è da osservare che l'art. 116 del T.U.E.L., consentendo la costituzione di società miste pubblico-private per la gestione di servizi pubblici privi di rilevanza economica, pone problemi di raccordo con la normativa europea.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria la partecipazione, sia minoritaria che maggioritaria, di un privato ad una società mista rende ineludibile l'adozione di criteri legati alla convenienza economica dell'attività. D'altro canto lo stesso art. 116 del T.U.E.L. prevede che nell'evenienza per la scelta dei soci privati o per la collocazione delle azioni sul mercato si debba ricorrere alla procedura dell'evidenza pubblica.

Si deve allora ritenere che in siffatta evenienza il costo del servizio pubblico privo di rilevanza economica non coperto dalle entrate proprie dell'attività debba far carico all'ente costituente attraverso il reperimento di mezzi nel proprio bilancio (o almeno nel proprio patrimonio), nel quale appunto debbono essere trovati i mezzi di copertura della spesa.

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

In effetti, l'essere un servizio pubblico a carattere commerciale si caratterizza per i suoi requisiti di economicità, dovendosi assicurare così come è previsto dall'art. 2082 del c.c. almeno l'equilibrio fra costi e ricavi del servizio.

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

Ciò può avvenire per disposto normativo, anche a carattere costituzionale, come avviene per i diritti costituzionalmente garantiti per i quali comunque l'ente deve garantire a tutti almeno il livello essenziale del servizio, ovvero per scelte autonome dell'ente in relazione ad avvertiti bisogni della collettività che si ritiene di tutelare comunque.

Gli effetti si dislocano in una duplice prospettiva: il primo è che risolvendosi il servizio pubblico a carattere commerciale in una attività

economicamente rilevante per il mercato della produzione e distribuzione di beni e servizi va assicurato il rispetto dei principi comunitari della concorrenza (al di fuori delle ipotesi di autoproduzione del servizio da parte dell'ente), mentre a dette regole non è assoggettato, rispondendo ad altre esigenze, il servizio pubblico non economico.

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

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

In quest'ottica deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di intervento finanziario pubblico dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr., in tal senso, T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7 novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821).

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

successivamente devono essere sottoposte al parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

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

LA RISPOSTA AL QUESITO IN ESAME

Conclusivamente, con specifico riferimento alla richiesta di parere proveniente dal Comune di Malnate, la Sezione esprime le seguenti considerazioni.

L'ambito di disciplina previsto dall'art. 23**bis** del D.L. n. 112/2008 riguarda i servizi pubblici a rilevanza economica.

Tuttavia, non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi).

L'art. 23**bis** opera una scelta di fondo a favore del ricorso al mercato nell'esternalizzazione dei servizi pubblici a rilevanza economica.

Solo in via di deroga e per casi adeguatamente motivati ai sensi e nei limiti del comma 3 dell'art. 23**bis** è possibile l'affidamento *in house* ovvero a società partecipate dall'ente secondo i principi del diritto comunitario. L'affidamento, peraltro, deve avvenire secondo le procedure di cui al successivo comma 4 dell'art. 23**bis** (in proposito si richiama il contenuto della deliberaz. di questa Sezione n. 270/2008).

Spetta all'ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall'altro (cfr. in tal senso anche Corte dei conti, Sez. controllo Sardegna, deliberaz. n. 9 del 18 giugno 2007).

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Giancarlo Penco)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
11/05/2009

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)