

***“I SERVIZI PUBBLICI LOCALI:  
QUALI PROSPETTIVE?”***  
**Brescia, 22 giugno 2010**



**SERVIZI PUBBLICI A RILEVANZA NON  
ECONOMICA: COME IDENTIFICARLI E  
COME GESTIRLI**

**AVV. MARIA ALESSANDRA BAZZANI**

# SERVIZI PUBBLICI A RILEVANZA NON ECONOMICA: COME IDENTIFICARLI E COME GESTIRLI

2

## PARTE PRIMA

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

3

- Nel nostro ordinamento non è mai stata formulata una definizione normativa del concetto di “rilevanza economica”
- I servizi di cui stiamo trattando stati introdotti come categoria autonoma, distinta dai servizi a rilevanza economica, con l’inserimento nel TUEL dell’art. 113 bis, ad opera della Finanziaria 2002
- Inizialmente si parlava di servizi “a rilevanza industriale”, poi la dicitura è stata modificata dal d.l. 269/2003, al fine di allinearsi alla denominazione comunitaria
- Ciò ha comportato una contrazione dell’ambito applicativo dell’art. 113 bis, dal quale sono stati esclusi i servizi che, pur non essendo di tipo industriale, hanno comunque una rilevanza economica

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

4

## **Art. 113-bis TUEL**

1. *Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a :
  - a) istituzioni;
  - b) aziende speciali, anche consortili;
  - c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.*
2. *È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1.*
3. *Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.*
4. *I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio.*

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

5

- La sentenza della **Corte Cost.**, **27.7.2004**, **n. 272** ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113 bis TUEL, per violazione dell'art. 117 Cost.
- La Corte ha ritenuto che la disciplina dei servizi pubblici a rilevanza economica è di competenza statale esclusiva, perché attiene alla “tutela della concorrenza” (art. 117, co. 2, lett. e)
- La disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, che non comporta problemi di tutela della concorrenza, è di competenza regionale

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

6

## **Corte Costituzionale, sent. n. 272/2004**

*“La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. (...)*

*Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale”*

# INQUADRAMENTO NORMATIVO

7

- A seguito della dichiarazione di incostituzionalità, la categoria dei servizi privi di rilevanza economica non viene meno, ma rimane priva di disciplina positiva.
- La caducazione, ad opera della Corte costituzionale 2004, delle disposizioni di cui all'art. 113 bis che dettavano un'elencazione tassativa delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, ha comportato il **venir meno del principio di tipicità** delle formule organizzative e gestionali (cfr. Corte Conti Sardegna, sez. controllo, 18.6.2007, n. 9)
- Rimane salva la possibilità che la tipicità dei modelli gestionali sia reintrodotta dalla legislazione regionale

# SERVIZI PUBBLICI A RILEVANZA NON ECONOMICA: COME IDENTIFICARLI E COME GESTIRLI

8

## **PARTE SECONDA**

# **CRITERI DI IDENTIFICAZIONE**



# CRITERI IDENTIFICATIVI

9

## Corte Costituzionale, sent. n. 272/2004

*“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). 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”*

# CRITERI IDENTIFICATIVI

- Secondo il “Libro verde sui servizi di interesse generale”, la nozione va vista in **termini dinamici**, legati all’evoluzione sociale ed economica, per cui non si può escludere che servizi economici e privi di rilevanza economica coesistano nello stesso settore.
- Viene in considerazione il carattere della **redditività**, ossia la capacità di produrre profitti o almeno di coprire i costi con i ricavi (cfr. Corte Conti Lombardia, sez. controllo, n. 195/2009; Cons. Stato sez. V, 5.12.2008, n. 6049).
- Tale carattere va esaminato in relazione all’impatto sull’assetto della concorrenza, nel senso che il servizio a rilevanza economica deve innestarsi in un settore in cui esiste una **competizione anche potenziale** sul mercato, ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico (cfr. Tar Liguria, sez. II, 28.4.2005, n. 527, che ha deciso qualificato come economici i servizi sociali relativi ad una comunità alloggio, per la presenza nel settore di diversi competitori); al contrario il servizio privo di rilevanza economica – per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la gestione – non dà luogo ad alcuna competizione (cfr. Tar Puglia-Bari, sez. I, 12.4.2006, n. 1318).
- Ai fini della qualificazione del servizio, non importa la qualificazione effettuata dalla PA, ma occorre verificare **in concreto** e con riguardo alla **globalità** dei servizi espletati se l’attività presenti o meno il connotato della redditività, anche solo potenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27.8.2009, n. 5097, relativa alla gestione di un centro natatorio con servizi accessori; Cons. Stato, sez. V, 30.8.2006, n. 5072, relativa a servizi sociali affidati ad una società comunale già affidataria di servizi a rilevanza economica).

# CRITERI IDENTIFICATIVI

- Sul piano **oggettivo** si è proposta (Caia) una tripartizione in:
  - i. servizi pubblici che possono essere svolti in modo remunerativo;
  - ii. servizi pubblici in settori sensibili, che solo potenzialmente potrebbero assumere rilevanza economica;
  - iii. servizi pubblici in settori sensibili afferenti direttamente la persona, caratterizzati da assenza di redditività.
- Il criterio identificativo si può quindi collegare anche alla **modalità di gestione**, nel senso che quando un servizio è gestito da un terzo e l'ente locale si fa carico della remunerazione al gestore, per quest'ultimo il servizio pubblico, ancorché sociale, presenta rilievo economico e può quindi essere inserito nella categoria dei servizi concorrenziali.
- In conclusione, tanto dal quadro comunitario che dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa, si evince come – a prescindere dalla materia – sia essenziale domandarsi se vi sia o meno **qualche forma di mercato concorrenziale**, anche se non ampio.

# SERVIZI PUBBLICI A RILEVANZA NON ECONOMICA: COME IDENTIFICARLI E COME GESTIRLI

12

## PARTE TERZA

# MODELLI DI AFFIDAMENTO E DI GESTIONE

# MODELLI GESTIONALI

13

- Modelli già previsti dall'art. 113-bis TUEL
  - Istituzioni
  - Aziende speciali, anche consortili
  - Società *in house*
  - Gestione in economia
  - Associazioni e fondazioni per i servizi culturali e del tempo libero
- A questi modelli si aggiungono le tradizionali forme delle convenzioni (art. 30), dei consorzi (art. 31) e delle unioni di comuni (art. 32).
- La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 113-bis spinge ad interrogarsi sui possibili modelli gestionali, anche in una prospettiva di atipicità, essendo gli stessi demandati all'autonomia regionale e locale.

# MODELLI GESTIONALI

14

## L'istituzione (art. 114 TUEL)

- È un organismo strumentale dell'Ente Locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale ma privo di personalità giuridica (art. 114, comma 2).
- Il TUEL, infatti, configura l'istituzione come una delle forme di gestione dei servizi locali privi di rilevanza economica: trattasi, dunque, di un modello organizzativo/gestionale preordinato ad una migliore e più efficace/efficiente gestione dei servizi di competenza dell'Ente locale.
- La scelta di avvalersi dell'istituto deve essere fondata prioritariamente sulla positiva verifica della "fattibilità e utilità" operativa ed organizzativa dello strumento gestionale, avuto riguardo alla concreta realtà presente nell'ambito locale e al possibile beneficio in termini di miglioramento dei servizi.
- Tale verifica deve essere condotta valutando altresì l'esistenza di uno stretto collegamento tra i risultati gestionali dell'istituzione ed il bilancio dell'ente locale, sia in sede preventiva che consuntiva.
- In particolare :
  - i. l'istituzione informa la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed ha l'obbligo del pareggio di bilancio, da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti;
  - ii. l'Ente conferisce il capitale di dotazione (il conferimento è iscritto nelle attività del conto patrimoniale);
  - iii. l'Ente deve coprire eventuali costi sociali (la copertura di costi inciderà sul versante "Spese" dell'ente);
  - iv. l'Ente determina le finalità e gli indirizzi cui deve ispirarsi l'attività di gestione della istituzione, che si ricollega inevitabilmente con il "Piano Esecutivo di Gestione" del Comune;
  - v. il Collegio dei Revisori dei Conti dell'Ente locale esercita le funzioni anche nei confronti dell'istituzione: ciò in virtù del collegamento automatico tra i risultati gestionali dell'istituzione e il bilancio dell'Ente.

# MODELLI GESTIONALI

15

## Istituzione e patto di stabilità: aspetti problematici

- L'istituzione comunale ex art. 114 TUEL – come ha affermato la Corte dei Conti (cfr. Del. n. 27/2010 – sez. reg. di controllo Piemonte) - non essendo espressamente contemplata dalle norme volte a garantire il rispetto del Patto di stabilità, non può essere ricompresa fra i diretti destinatari delle relative disposizioni.
- Tuttavia non va trascurato che il risultato di gestione dell'istituzione concorre a determinare quello del Comune, soggetto al patto di stabilità.
- Quindi l'istituzione deve perseguire, dal punto di vista finanziario, obiettivi compatibili con il patto di stabilità (cfr cit. delibera 27/2010).
- Perciò la scelta di costituire un'istituzione deve essere preceduta da una attività di programmazione tecnico-economico-finanziaria, da formalizzare in un piano di fattibilità (o *business plan*).
- Il piano di fattibilità, che costituisce parte integrante della delibera consiliare di costituzione dell'istituzione, oltre agli aspetti strategici ed operativi, che caratterizzano l'organismo nella fase di *start up* dovrà riportare le previsioni relative alla consistenza dei servizi, ai ricavi e ai costi, alle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie per il suo funzionamento.
- Attraverso l'analisi di tali elementi, l'ente costituente sarà in grado di valutare la fattibilità dell'iniziativa.
- Iter procedurale:
  - i. la costituzione di una istituzione avviene con apposita deliberazione di Consiglio Comunale. Con lo stesso atto o con atto separato, il Consiglio Comunale approva il regolamento della costituenda istituzione.
  - ii. Il regolamento deve disciplinare dettagliatamente, nel rispetto di quanto previsto dalla legge e dallo statuto comunale, le attribuzioni, le modalità di funzionamento, l'assetto istituzionale, gli aspetti organizzativi, gli aspetti economico-patrimoniali, gli strumenti di supporto alla programmazione e al successivo controllo della gestione.

## **Problemi di compatibilità con il modello societario**

- Gli elementi identificativi dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, in particolare la loro “diseconomicità”, appaiono antitetici alle finalità di tipo lucrativo delle società di capitali.
- Se la possibilità anche solo potenziale di una gestione redditizia (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5097\09) esclude la qualificazione di servizio non economico, per ammettere l’impiego di un modello societario si dovrebbe immaginare che le società di capitali possano essere snaturate della connotazione economico-lucrativa loro propria.
- La previsione positiva (contenuta nell’art. 113-bis) è stata eliminata dall’ordinamento e, alla luce delle ricostruzioni sistematiche compiute, non pare che i modelli societari possano rientrare nella nozione di “servizi di interesse generale” fornita dall’art. 86 Trattato.



# MODELLI GESTIONALI

17

## Fondazione di partecipazione

- Si tratta di un nuovo tipo di fondazione che esprime la convergenza di iniziative pubbliche e private, ricollegandosi all'idea del partenariato pubblico-privato per il perseguimento di fini di utilità sociale.
- La fondazione di partecipazione è un ente non lucrativo che nasce come reazione all'inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell'ente dal fondatore, da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo e dalla posizione servente dell'organo amministrativo, inserendosi elementi tipici dell'associazione. Il modello è stato recepito in discipline di settore (vd. DPR 254\01 sulle fondazioni universitarie di diritto privato).
- Tratti originali e caratterizzanti della fondazione di partecipazione:
  - a. pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura purché utile al raggiungimento degli scopi;
  - b. partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti all'ente;
  - c. formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori
- È una fondazione operativa, mirata a risolvere i problemi di gestione di progetti non lucrativi raccogliendo tutti i contributi possibili da parte di coloro che condividono il progetto; pubblico e privato, persone fisiche singole o associate, si ritrovano insieme conferendo denaro, beni ed attività per gestire un progetto altrimenti non realizzabile, partecipando alla composizione degli organi o comunque alle attività dell'ente.
- Dalle fondazioni di partecipazione devono distinguersi:
  1. le fondazioni che scaturiscono dalla mera privatizzazione di precedenti enti pubblici, che rimangono ancora *longa manus* dell'amministrazione di riferimento;
  2. le fondazioni "strumentali" dell'ente che le ha promosse e costituite, caratterizzate dalla piena funzionalizzazione dell'attività a favore di questo, qualificate quali "fondazioni di diritto pubblico".

# MODELLI GESTIONALI

18

## La gestione tramite terzi

- Rimanendo sul piano generale dell'esame dei modelli gestionali, resta da esaminare l'ipotesi dell'affidamento a terzi.
- E' stato osservato, sulla scorta degli insegnamenti comunitari, che l'affidamento a privati si collega spesso all'acquisizione di rilevanza economica del servizio e quindi sarebbe antitetica alla qualificazione di servizio privo di rilevanza economica: anche un'economia "sociale" in questa prospettiva dovrebbe essere disciplinata dalla normativa sulla concorrenza, in attuazione dei principi e delle discipline sancite a livello comunitario.
- Esula dall'oggetto del presente intervento il dibattito sulla fissazione di livelli essenziali delle prestazioni e delle modalità di accreditamento a terzi, che si è sviluppato soprattutto in relazione ai servizi sociali (vd. l. 328\00).
- Nei rigorosi limiti della diseconomicità, tuttavia, si possono immaginare ipotesi di affidamenti a terzi tramite strumenti concessori ovvero ipotesi di collaborazione nella costituzione di fondazioni o associazioni o il ricorso ad accordi di collaborazione, convenzioni e sponsorizzazioni (art. 119 TUEL).
- In tutti questi casi si dovrebbe garantire la parità di accesso dei terzi attraverso procedure improntate a trasparenza e non discriminazione e quindi un regime minimo di concorrenza per il mercato (cfr. Tar Puglia-Bari, sez. III, 11.9.2007, n. 2103).

# MODELLI GESTIONALI

19

## **Un esempio di disciplina regionale: l.r. Lombardia 17/2006 sugli impianti sportivi di proprietà degli enti locali**

- Criterio identificativo (art. 1, comma 2) : nozione di impianto a “rilevanza economica” (produttivo di utili); e “senza rilevanza economica” (privo di utili o con utili insufficienti a coprire i costi di gestione)
- Possibilità di affidamento a terzi (art. 2), con individuazione di categorie preferenziali (società ed associazioni sportive dilettantistiche; enti promozione sportiva, discipline e federazioni sportive nazionali anche associate).
- Necessità di procedure ad evidenza pubblica in caso di affidamento a terzi, anche per i servizi privi di rilevanza economica (art. 3), con fissazione di criteri selettivi
- Criteri preferenziali a favore di alcune categorie (art. 2, co. 1; art. 3, co. 1 lett. a-b)
- L'applicazione di questa disciplina è stata vagliata dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29.12.2009, n. 8914) che ha letto nell'art. 2 l.r. 17\06 l'obbligatorietà della procedura ad evidenza pubblica, pur con possibilità di differenziare la procedura ed il contenuto della convenzione (più semplificata per gli impianti privi di rilevanza economica).