

DALLA PARTE DEL CITTADINO

**Verso nuove norme e sistemi di valutazione della qualità
nei servizi pubblici locali**

**PERUGIA – Sala dei Notari di Palazzo dei Priori
30 novembre 2005 – ore 15,00**

Dr. Luciano Castellani – *Direttore generale del Comune di Perugia*

“I servizi pubblici locali tra normativa statale e disciplina regionale”

1. Premessa

Con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 27 luglio 2004, giunta a pochi mesi dall'ultimo intervento di riforma del Tuel in materia di servizi pubblici locali, l'articolato quadro normativo cui si era giunti dopo un lungo periodo di gestazione e all'esito di un intenso dibattito politico ha subito una radicale modificazione.

Occorre ricordare che le importanti innovazioni introdotte dal legislatore statale dopo la prima riforma del 2001 (art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448,) con l'art. 14 del d.l. n. 269/2003, convertito con modificazioni nella legge n. 326/03 e quindi con l'art. 4, comma 234, della l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), che tanto profondamente hanno inciso su aspetti rilevanti della disciplina in oggetto, erano state dettate sia dai rilievi della Commissione europea sul precedente assetto normativo, ritenuto non totalmente in linea con i principi comunitari in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, sia dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento al proprio intervento nel rinnovato articolo 117 della Costituzione, che rimane la norma di riferimento della materia *de qua*, pur in presenza della recente riforma appena introdotta con la novella della seconda parte della Costituzione.

Il tema della tutela della concorrenza e quello, strettamente connesso, della distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza diventano in questo quadro i concetti chiave per ricomporre lo scenario attuale, rappresentando allo stesso tempo il fondamento dell'intervento dello Stato in materia, il confine tra potere legislativo statale e regionale, nonché i presupposti in

base ai quali organizzare la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici locali.

Si ricorda, infine, come a tutt'oggi risultino essere ancora poche le Regioni che hanno disciplinato la materia dei servizi pubblici locali e che la Giunta Regionale dell'Umbria ha appena elaborato un proprio disegno di legge.

2. Brevi cenni sull'attuale disciplina: servizi economici e non economici alla luce del diritto comunitario

Come è noto, una delle innovazioni di maggiore portata della riforma dei servizi pubblici locali del 2003 è data senza dubbio dalla soppressione della distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale, sostituita da un nuovo criterio di classificazione più conforme al "quadro ordinamentale e interpretativo europeo", e cioè quello della rilevanza economica. A differenza della precedente disciplina, che rinviava a un apposito regolamento governativo (mai

emanato) l'elencazione dei servizi aventi rilevanza industriale, viene ora affidata in concreto all'interprete l'individuazione delle disposizioni da applicare. Più precisamente occorre fare riferimento alla distinzione tra i concetti di "servizio economico" e "servizio non economico" vigente nel diritto comunitario, distinzione ripresa dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 272/2004 richiamata.

È ormai noto che all'interno dell'Unione europea non esiste una corrispondenza precisa e diretta tra gli istituti giuridici degli stati membri, per cui le disposizioni comunitarie devono possedere un grado di flessibilità tale da consentirne il necessario adattamento per un'applicazione generalizzata all'interno dei singoli stati. "Nella realtà pratica ciò può comportare l'esigenza di adattare istituti interni a quelli, diversi nei contorni applicativi, di matrice comunitaria", come avviene proprio nel caso dei servizi pubblici locali.¹ Mentre tale categoria² trova una definizione "seppure laconica" nell'art. 112 del d. lgs. 267/2000, che li qualifica come quei servizi *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*, in ambito comunitario non esiste una categoria corrispondente.

Il diritto comunitario utilizza i concetti di servizio di interesse economico generale e servizio di interesse generale, definiti sia nel Trattato, sia 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".³

Da tale disposizione derivano tre concetti: quello di servizi di interesse generale⁴; quello di servizi di interesse generale economici; quello di servizi di interesse generale non economici⁵. I primi costituiscono un'espressione ampia e riguardano sia

¹ L. TESSAROLO, *I servizi pubblici e la politica comunitaria*, in www.Dirittodeiservizi pubblici.it, Novembre 2005

² Per un esame della materia cfr. R. GAROFOLI, *I servizi pubblici*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2000, 66.

³ Sulla nozione comunitaria di servizio pubblico, cfr. G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 1994, 201 ss.; V. SOTTILI, *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'art. 90, comma 2, del Trattato Ce alla disciplina degli aiuti statali*, in *Giur. It.*, 1995, 944 ss.; R. GAROFOLI, cit.

⁴ Tale espressione, secondo quanto precisato nel *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, non è contenuta nel Trattato, ma è derivata, nella prassi comunitaria, dall'espressione "servizi di interesse economico generale", utilizzata invece dal Trattato.

⁵ Gli strumenti attraverso cui i servizi vengono assegnati sono: l'appalto e la concessione. Ciò che differenzia l'appalto dalla concessione è che nel primo vi è la prestazione di un servizio indirizzato all'Amministrazione appaltante, che provvede in via diretta alla remunerazione dello stesso, mentre nel caso della concessione vi è un servizio reso a terzi che si remunera attraverso la normale gestione e pertanto sussiste un "rischio" di gestione in capo al concessionario. Secondo la Commissione ed anche per la Corte di giustizia, nell'appalto, diversamente che nella concessione, il rischio economico viene dunque sopportato in maniera prevalente dall'amministrazione appaltante. Ma se l'appalto di servizi è disciplinato da tutta una serie di regole di rilievo comunitario - sulle nuove direttive comunitarie si veda D. SPINELLI; F. PETULLA', M.A. PORTALURI; F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti*, Il sole 24ore, Milano, 2004)- comunque indirizzate alla tutela della concorrenza, più ardua appare l'individuazione delle norme applicabili alle concessioni. Il fatto che le direttive si occupino degli appalti e non delle concessioni non vuole però significare un disinteresse della Comunità rispetto ad esse: la Commissione infatti ha pubblicato una comunicazione interpretativa che, ricostruendo il quadro normativo derivato dal Trattato CEE e le regole di fonte primaria, stabilisce quali sono le disposizioni da applicare nel caso in cui un servizio venga affidato con un sistema diverso dall'appalto: in tale ipotesi,

i servizi di mercato, sia i quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale o assoggettano a specifici obblighi di pubblico servizio.

I servizi di carattere *economico* sono, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, 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 viene offerto 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: il soggetto che offre il servizio nel mercato lo fa senza intenzioni di guadagno, ma per fini che sono di mutualità. Talvolta può esserci anche il pagamento di un corrispettivo, ma questo non è sicuramente adeguato al costo del servizio.

Se dunque per la copertura dei costi si faccia ricorso alla fiscalità generale o alla determinazione di tariffe con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, si ricadrà nella fattispecie del servizio non economico.

Tale interpretazione è confermata dalla sentenza Corte Cost. n. 272/04, nella parte in cui vengono richiamate le considerazioni espresse dalla Commissione europea nel Libro Verde sui servizi di interesse generale, e viene evidenziato che, non "essendo possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica, poiché la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, anche secondo una costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto in particolare:

- a) dell'assenza di uno scopo prevalentemente lucrativo;
- b) della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività;
- c) dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione".

Sempre secondo il Libro Verde i servizi di natura non economica, inoltre, non sono soggetti a norme comunitarie specifiche, né alle norme del mercato interno (sulla concorrenza e gli aiuti di Stato), mentre sono in ogni caso oggetto delle norme comunitarie che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi intracomunitari, come il principio fondamentale della non discriminazione e della libera circolazione delle persone.

Naturalmente uno stesso servizio può avere o non avere carattere economico.

Per taluni servizi, resi dietro il pagamento di un corrispettivo che dovrebbe almeno in linea teorica coprire i costi, la rilevanza economica è di tutta evidenza (servizi idrici, energia elettrica, gas, trasporti). Altri, invece, quali ad esempio quelli più propriamente sociali, possono avere o meno carattere economico, a seconda del metodo, appunto economico o meno, con cui vengono gestiti. Ne deriva, pertanto, che l'ambito di applicazione dell'art. 113 del Tuel 267/2000 che disciplina i servizi

e cioè quando il rapporto tra Amministrazione e gestore sia configurabile come rapporto di concessione, le regole da applicare sono quelle del Trattato e quindi i *principi di concorrenza, non discriminazione, pubblicità*.

di rilevanza economica, è risultato notevolmente ampliato rispetto alle previsioni dell'art. 35 della legge n. 448/2001 già richiamata.

La precedente formulazione della norma, come ricordato, rimetteva l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale ad un apposito regolamento governativo, mentre i servizi privi di tale rilevanza sarebbero stati determinati in via residuale. Nelle more dell'adozione del regolamento si era in ogni caso cercato di attribuire un significato a tale espressione. Il carattere "industriale" del servizio era stato ravvisato da alcuni nel regime di separazione tra gestione delle reti e in genere dei beni strumentali al servizio; da altri nello svolgimento di attività comportanti un'organizzazione e un impiego di mezzi particolarmente rilevante e complessa; da altri ancora nella necessità, attesa la complessità del processo erogativo, di un diffuso utilizzo degli assetti patrimoniali. Si riteneva, anche, che nell'ambito dei servizi privi di rilevanza industriale andassero inclusi non solo quelli "meramente erogativi" come i servizi sociali, ma anche quelli economici, ma non industriali, quali – ad esempio – la gestione dei parcheggi⁶ o delle farmacie.

Con la nuova formulazione, molte più attività possono essere ricondotte alla disciplina dell'art. 113. Come è stato evidenziato, il carattere economico del servizio non deriva tanto dal contenuto dell'attività (ad esempio, assistenza agli anziani in confronto a un servizio di trasporto scolastico) quanto dalla sua concreta configurazione, "poiché non vi è servizio che non possa essere gestito con criteri economici". In definitiva "è l'ente locale che, tenuto conto del contesto economico, decide se procedere con modalità idonee a garantire le entrate necessarie per coprire

⁶ Cfr., per questa accezione, G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in www.giustizia-amministrativa.it

quanto meno i costi di produzione, o procedere invece addossando tutti o gran parte dei costi alla fiscalità”.⁷

3. Competenze statali e regionali in materia di servizi pubblici locali dopo la sentenza n. 272 della Corte Costituzionale: i servizi pubblici economici

Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, la delimitazione delle competenze legislative dello Stato nelle materie indicate al comma 2 del rinnovato articolo 117 (che non contempla i servizi pubblici locali) e l’attribuzione di una competenza legislativa residuale alle regioni, prevista dal 4° comma dello stesso articolo, aveva alimentato la convinzione che lo Stato non avesse titolo a legiferare in materia di servizi pubblici locali.

La soluzione è stata individuata nella tutela della concorrenza, riservata in via esclusiva alla competenza legislativa statale dall’art. 117 della Costituzione e testualmente richiamata dal primo comma dell’art. 113 del d.lgs. 267/2000, come sostituito dal comma 1 dell’art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269; tale primo comma, peraltro, indica come “inderogabili e integrative delle discipline di settore” le disposizioni relative alle modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali.

I commi 1 e 2 dell’art. 14 del d.l. 269/2003 sono stati però oggetto di impugnazione innanzi alla Corte Costituzionale da parte della Regione Toscana, che ha ritenuto tali norme comunque contrastanti con l’art. 117 della Costituzione, in quanto comportanti una disciplina dettagliata e autoapplicativa in un ambito, quello dei servizi pubblici locali, che spetta alle Regioni disciplinare in via esclusiva, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Inoltre, la disciplina non è stata ritenuta riferibile alla tutela della concorrenza ma semmai alla “*promozione della concorrenza*, costituita da un insieme di regole e procedure di tipo pubblicistico volte a creare in modo artificiale le condizioni per la concorrenza, di competenza regionale.”

La pronuncia 27 luglio 2004, n. 272 della Corte Costituzionale fornisce un contributo determinante alla definizione degli aspetti più problematici delle questioni, “dalla collocazione della materia all’interno della trama delle competenze legislative previste dal nuovo art. 117 Cost., agli spazi di intervento legislativo che risultano disponibili per lo Stato e le Regioni...al ruolo effettivamente ricopribile dalla legge statale e da quella regionale”.⁸

Le conclusioni a cui la Corte è pervenuta con riguardo a questi profili possono essere così sintetizzate:

⁷ cfr. A. VIGNERI, *Servizi e interventi pubblici locali*, Maggioli Editore, 2004, pp. 242-243 che cita a questo riguardo G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento degli enti locali*

⁸ cfr. G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2004. Si veda anche A. VIGNERI, *Servizi e Interventi pubblici locali*, Rimini, 2004.

1. lo Stato ha titolo per intervenire nella materia dei servizi pubblici locali e il titolo giustificativo di tale intervento è da ricercare nella “tutela della concorrenza” (art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.). La tutela della concorrenza, infatti, non deve essere intesa soltanto in senso statico, come protezione dell’assetto concorrenziale che si attua mediante interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma in un’*accezione dinamica* “che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare assetti concorrenziali” che si risolvono in interventi di tipo promozionale.
2. L’art. 14 del d.l. 269/03 è da considerare quale “norma-principio” della materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico, la cui disciplina contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale.

Una volta precisato l’ambito di intervento dello Stato, che può avere ad oggetto tanto la “protezione”, quanto la “promozione” dell’assetto concorrenziale del mercato¹⁷, la pronuncia della Corte evidenzia tuttavia che tale disciplina statale deve in ogni caso rispondere ad un *criterio di proporzionalità e di adeguatezza*. Ciò in quanto la tutela della concorrenza costituisce una cosiddetta “materia-funzione” riservata alla competenza esclusiva dello Stato, dall’estensione non rigorosamente circoscritta e determinata, ma “trasversale”, dal momento che si intreccia “con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese.”

Di qui la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 14, comma 1, lett. e) del d.l. 269/2003, il quale, stabilendo con tecnica autoapplicativa disposizioni di dettaglio in materia di espletamento delle gare per l’affidamento dei servizi, contrasta con il richiamato principio.

Per quanto concerne i servizi pubblici economici, pertanto, il legislatore statale potrà emanare solo “norme di principio”, giustificate dalla “tutela della concorrenza”, mentre la legge regionale potrà intervenire con una disciplina di dettaglio in esecuzione ed integrazione delle norme statali (potestà legislativa regionale concorrente). Diverso invece, come si vedrà, è il discorso per i servizi pubblici non economici.

Inoltre sia il legislatore statale, sia quello regionale dovranno lasciare un congruo spazio alle scelte organizzative dell’ente locale.

In definitiva per i servizi pubblici economici il quadro di riferimento normativo delineato dalla riforma dei servizi pubblici locali, da più parti giudicato troppo “esteso e pervasivo”, rimane sostanzialmente immutato anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale. La Consulta, infatti, non ha ritenuto censurabili, riconoscendo la legittimità dell’intervento statale, tutte quelle norme impugnate che garantiscono in forme adeguate e proporzionate la più ampia libertà di concorrenza nell’ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o alle modalità di

¹⁷ cfr. DI GASPARRE, *I Servizi pubblici verso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, III, 799.

gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali; lo stesso vale per la disciplina del regime transitorio.

È stato sottolineato che la Corte Costituzionale, attraverso la pronuncia n. 272/04, “ha preferito operare una mediazione tra le contrapposte rivendicazioni di competenze da parte degli enti in conflitto, affermando il principio generale della spettanza allo Stato della potestà esclusiva di disciplinare la materia dei servizi pubblici locali” in quanto riconducibile alla tutela della concorrenza, “ma ha, poi, escluso l’ascrivibilità a quell’ambito di attribuzione di talune disposizioni censurate dalla Regione ricorrente, sancendone, quindi, l’illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 117 della Costituzione”.⁹

Altri, muovendo dalla considerazione che con la normativa attuale la competenza dello Stato intesa a disciplinare le “modalità di gestione e affidamento” si fonda in definitiva soltanto sulla tutela della concorrenza, e poiché soltanto le modalità di gestione e di affidamento sono “inderogabili e integrative delle discipline di settore”, si è domandato “quale parte dell’art. 113 possa essere considerata estranea a tale disciplina e quindi derogabile da parte della legislazione regionale”, ferma restando “anche nella materia coperta dalla disciplina *inderogabile* la possibilità per le regioni di introdurre norme integrative e attuative.” Lo stesso Autore si è anche chiesto “se nella parte relativa alle *modalità di gestione e di affidamento* le previsioni statali siano assolutamente inderogabili...o se possano essere modificate in termini di maggiore aderenza ai principi della concorrenza”, ad esempio mediante l’esclusione del modello *in house* come modalità ordinaria di gestione. Questo poiché, se l’obiettivo delle ultime disposizioni riformatrici è proprio la tutela della concorrenza, “non si vede perché una più accentuata tutela dovrebbe essere preclusa alle regioni tenute anch’esse all’osservanza ed attuazione del Trattato.”¹⁰

4. La disciplina dei servizi pubblici non economici alla luce della sentenza n. 272 della Corte Costituzionale

Se la Corte Costituzionale ha, nella sostanza, confermato la legittimità costituzionale delle disposizioni innovative disciplinanti i servizi economicamente rilevanti, l’intero assetto normativo dei servizi pubblici privi di rilevanza economica risultante dalle disposizioni dell’art. 113 *bis* del d.lgs. 267/2000 è stato radicalmente cancellato dalla sentenza n. 272.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte Costituzionale per motivare la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 113 *bis* sono direttamente conseguenti alle considerazioni a

⁹ C. DEODATO, *Luci ed ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali*, in *Federalismi.it*, n. 21/2004

¹⁰ A. VIGNERI, cit., pp. 218-219

sostegno della legittimità dell'intervento dello Stato a tutela della concorrenza nella materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico.

Secondo la Consulta, infatti, la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte delle norme regionali sono richiamate in modo esplicito solo all'art. 113, per i servizi di rilievo economico. Pertanto l'intervento del legislatore nazionale non può ritenersi giustificato allorché le norme riguardino i servizi privi di rilevanza economica, data l'assenza di un mercato concorrenziale e del fine lucrativo che caratterizza questo particolare ambito.

La disciplina censurata, risultante dalle previsioni dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, successivamente modificata dall'art. 14, comma 2, del d.l. 269/2003, prevedeva che i servizi non economici fossero gestiti mediante affidamento diretto a: a) Istituzione; b) Azienda speciale, anche consortile; c) Società per azioni a capitale interamente pubblico con le caratteristiche dell'*in house providing*. In sostanza, i servizi pubblici locali contraddistinti da un regime di concorrenza erano solo quelli di rilievo economico.

Erano altresì consentiti:

- l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni dagli enti locali costituite o partecipate;
- in generale la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non era opportuno procedere all'affidamento esterno.

Appositi contratti di servizio avrebbero poi dovuto regolare i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi.

Il vuoto normativo creatosi in seguito alla pronuncia di incostituzionalità delle norme sopra richiamate offre lo spunto a una serie di riflessioni e pone alcuni interrogativi che, anche in questo caso, investono diversi profili, tra cui in particolare la ripartizione della competenza tra Stato e Regioni in materia, le modalità di gestione di tali servizi e i criteri di affidamento degli stessi nelle more della nuova disciplina regionale e locale.

Quanto al primo punto, ovvero la *ripartizione delle competenze*, è stato evidenziato che lo Stato, in futuro, potrebbe legittimare un proprio eventuale intervento nella materia dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica richiamando la materia trasversale "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione, collegando, secondo un criterio di proporzionalità e adeguatezza, la garanzia di certi livelli di servizi a specifiche forme organizzative. A questo proposito si evidenzia infatti che la Consulta, con la pronuncia n. 272/2004, ha escluso che la disciplina dei servizi pubblici impugnata possa essere considerata riferibile alla "competenza legislativa statale in tema di *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali*". È stata inoltre sottolineata la presenza, nell'art. 117 Cost., di altre materie

che potrebbero giustificare un intervento legislativo settoriale dello Stato, quali la “promozione e organizzazione di attività culturali” e la “valorizzazione dei beni culturali” (i riferimenti sono, ovviamente, limitati al testo della costituzione vigente).

Ad oggi, tuttavia, nell’ambito dei servizi non economici può dispiegarsi la più ampia *potestà legislativa regionale* sia con *norme di principio*, sia di con *norme di dettaglio*.

Non a caso è stato evidenziato il ruolo di primo piano “che andranno ad assumere le Regioni, sulle quali si sposta la competenza a disciplinare le modalità di gestione e di affidamento dell’intera categoria dei servizi privi di rilevanza economica.”¹¹

Sempre a questo riguardo, è stato rilevato che la sentenza n. 272/04 della Consulta ha confermato che le competenze legislative regionali generali e residuali sono da considerare esclusive, poiché diversamente non sarebbe stata possibile la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 113-bis.¹²

Sul punto va segnalato che la nuova formulazione del 4° comma dell’art. 117 della Costituzione definisce proprio come “esclusiva” la potestà legislativa regionale nelle materie ivi indicate, tra cui è ricompresa “ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

In merito al secondo aspetto, e cioè le *modalità di gestione*, è stato rilevato “il tramonto del principio della tipicità delle forme organizzative” dei servizi pubblici privi di rilevanza economica presente nell’art. 113-bis e la scomparsa della disposizione relativa all’“obbligo” di disciplinare tramite contratto di servizio i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi (rimane comunque ferma la facoltà di farvi ricorso)¹³. Con riguardo alle forme organizzative occorre poi ricordare che sono presenti nell’ordinamento numerose normative settoriali cui lo stesso art. 113 bis, al comma 1, rinvia;¹⁴ per tutti gli altri servizi, si ritiene che le scelte gestionali degli enti locali possano essere ricondotte a soluzioni consolidate nel tempo, da quelle più usuali a quelle più innovative.

Queste, in particolare, le formule gestionali suggerite: la gestione in economia; l’istituzione; l’azienda speciale; la società di capitali con partecipazione totalitaria o minoritaria degli enti locali; la società con partecipazione maggioritaria; la concessione; l’associazione; la fondazione.

Tali due ultime modalità, pertanto, sarebbero ora applicabili a tutti i servizi privi di rilevanza economica e non solo ai servizi culturali e del tempo libero.

Quanto alle *modalità di affidamento*, in assenza di riferimenti precisi, se da un lato si ritiene che nel caso di istituzioni o aziende speciali può ritenersi praticabile e coerente

¹¹ cfr. G. PAGLIARULO, *I servizi pubblici nell’ente locale – Lo stato dell’arte*, in *Approfondimenti (Zoom di Prime Note)*

¹² cfr. sul punto L. OLIVIERI, *E’ esclusiva la competenza legislativa dello stato sui servizi pubblici a rilevanza economica?*, in *lexitalia.it*, n. 7-8 2004

¹³ cfr. G. SCIULLO, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, cit.

¹⁴ Si ricordano, a questo proposito, la legge n. 266/91 sul volontariato, la l. 381/91 (modificata dalla legge 52/96) sulle cooperative sociali, la legge n. 383/2000 sull’associazionismo, la legge 328/2000, il Codice dei Beni culturali e del paesaggio

con la normativa europea l'affidamento diretto, per l'assenza di un regime concorrenziale, per la concessione dovrà valere il *principio concorsuale* cui pacificamente ormai ci si deve riferire ogni qualvolta si debba effettuare la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della Pubblica Amministrazione. Per la società *in house*¹⁵ sono, allo stato, da ritenere legittimi gli *affidamenti diretti*, anche alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia.¹⁶

In questa fase di incertezza, in attesa che le regioni provvedano con proprie leggi a regolare la materia, si apre un notevole spazio al ruolo degli enti locali i quali, con specifici atti e avvalendosi di particolari strumenti, potrebbero indirizzare e regolamentare l'organizzazione e la gestione dei propri servizi.¹⁷

Tra gli strumenti più adeguati si evidenzia in primo luogo il contratto di servizio, peraltro già previsto dalla normativa abrogata, finalizzato a formalizzare i rapporti tra l'ente e il soggetto gestore; in secondo luogo le carte dei servizi,¹⁸ destinate a comunicare agli utenti i principi cui l'organizzazione del servizio si ispira, gli impegni dell'amministrazione in relazione agli standard generali e specifici nella fase di erogazione, la qualità delle prestazioni, le garanzie e la tutela offerta al cittadino in caso di violazione dei principi e degli standard fissati.

5. Servizi sociali e rilevanza economica

¹⁵Tra i contributi più recenti che hanno trattato l'istituto dell'organismo di diritto pubblico: D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a TAR Campania, Napoli, I Sez., 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro Amm.*, TAR, 2003, 2337; S. TARULLO, *Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 1107, 1549 e 1811; B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1083; B. MAMELI, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 66; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, 13; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, 839; V. CERULLI IRELLI, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni*, in *Giorn. Dir. amm.* 1999, 1057; G. VIDOTTI, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.* 2001, 610; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 585; D. GALLI, *Brevi considerazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 1999, 529; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71; G. ALPA, A. CARULLO e A. CLARIZIA, *Le spa comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o introduzione di un modello*, in *Urb. e app.*, 2003, 714; A. MASCOLINI, *Sull'esclusione degli enti fieristici dalla normativa in materia di appalti: l'approccio sostanziale del Consiglio di Stato alla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Riv. amm. App.*, 1998, 128; C. VIVANI, *Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.*, 1997, 960 ss.; ID., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133. Per quanto concerne il rapporto tra la categoria dell'organismo e quella dell'impresa pubblica: G. FISCHIONE, *L'organismo di diritto pubblico tra mito e realtà*, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1996, 967. Si veda, inoltre, F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, p. 697, Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁶ cfr. Sentenza Teckal, cit.

¹⁷ Si veda A. ZUCCHETTI, *Regolazione ed erogazione del servizio pubblico locale*, in *Giust.Amm.it*, n. 11/2004

¹⁸ Si veda di I. LORENZO, *Carte dei servizi pubblici e tutela degli utenti*, in www.lexitalia.it

L'assenza nel nostro ordinamento sui servizi pubblici locali di una disposizione normativa che definisca *a priori* i servizi pubblici a rilevanza economica impone che tale nozione debba essere ricostruita, come già illustrato, in via interpretativa, avvalendosi degli "indici rivelatori" desumibili dai principi comunitari che informano la materia.

Secondo autorevolissima dottrina¹⁹ l'affidamento a terzi dei servizi pubblici di natura sociale di Comuni e Province, non più consentito per i servizi privi di rilevanza economica dall'art. 113-*bis*, era stato giudicato possibile applicando l'art. 113, comma 5°, lett. a) del Tuel (conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica), da considerare disciplina di riferimento in mancanza di leggi di settore sui servizi sociali disciplinanti in maniera autonoma la materia, ma compatibile con il modello della concessione (affidamento) a terzi. Ciò in quanto il servizio di tipo sociale non è incompatibile con quello economicamente rilevante qualora la gestione avvenga secondo il modulo della concessione a terzi. Infatti, come precisato, diversamente dalla "rilevanza industriale" che attiene "a dati obiettivi e cioè al modo con cui il servizio pubblico viene prodotto" la rilevanza economica riguarda, oltre il suo carattere strutturale e di produzione, anche "profili relativistico-relazionali", ovvero "la specifica attività che il gestore viene a svolgere per il servizio richiesto, ovvero...la rilevanza (economica) che vi può essere per il soggetto che debba (o aspira ad avere) rapporti con l'ente locale, titolare del servizio pubblico". Ciò che rileva, in questo caso, non sono tanto gli utenti, che ricevono il servizio senza costi o sottocosto, quanto "l'attività che i gestori terzi svolgono a fronte di un corrispettivo remunerativo, versato dall'ente locale, e dunque non in perdita; in questa prospettiva, è innegabile che l'attività (pur sociale quanto ai destinatari) abbia un rilievo economico per i soggetti che possono aspirare ad ottenere l'incarico di gestione."

In altre parole "quando il servizio sociale è gestito da un soggetto terzo, nonostante esso non ricavi dagli utenti il corrispettivo del servizio, l'ente locale si configura come utente collettivo perché si fa carico di garantire la remunerazione al gestore e dunque per quest'ultimo (e per tutti gli aspiranti a rivestire tale posizione) il servizio pubblico ancorché sociale presenta rilievo in senso economico"²⁰.

Nell'esperienza concreta, anche dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 272, il tema relativo alla qualificazione di una vasta gamma di servizi di natura sociale e culturale rispetto al criterio della rilevanza economica, determinante per stabilire l'applicabilità della disciplina legislativa statale di cui all'art. 113 o di quella regionale, ovvero delle disposizioni regolamentari od organizzative comunali, ha continuato a presentare notevoli criticità.

Una recente sentenza del Tar Sardegna (Sez. I, n. 1729 del 2 agosto 2005), definita addirittura rivoluzionaria²¹, intervenendo su questo complesso argomento ha

¹⁹ cfr. G. CAIA, cit.

²⁰ G. CAIA, cit.

²¹ A. BARBIERO, *Una rivoluzionaria sentenza sulla rilevanza economica dei servizi socio-assistenziali e socio-educativi*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 12 Settembre 2005

“composto una serie di elementi noti, strutturandoli come presupposti” per giungere a delineare un quadro ricostruttivo che consente di inserire alcune tipologie di servizi socio-assistenziali e socio-educativi nell’ambito dei servizi pubblici con rilevanza economica.

Occasione della pronuncia il contenzioso sorto tra un comune, che aveva affidato direttamente una serie di servizi di natura sociale – già esternalizzati tramite gare di appalto – ad una società controllata a capitale interamente pubblico (c.d. affidamento *in house*) sul presupposto della non rilevanza economica degli stessi, e la società precedentemente titolare della gestione.

Il Tar Sardegna ha richiamato in primo luogo le disposizioni dell’art. 86, comma 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea sull’assoggettamento delle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale in particolare alle regole sulla 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.” Nell’ordinamento comunitario i servizi di interesse generale si caratterizzano rispetto agli altri unicamente per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l’imposizione di obblighi di servizio pubblico, “anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo.” Tuttavia “il mercato e la concorrenza costituiscono, di regola, la formula migliore per gestire anche tali servizi”, peraltro secondo le stesse previsioni dell’art. 86, comma 2.

La conclusione del Collegio è che “la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza sia legata all’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che 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”, anche in presenza di “forme di finanziamento pubbliche, più o meno ampie, dell’attività in questione”. L’assenza di rilevanza economica, al contrario, può essere ravvisata in quel servizio “che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza”.

In sintesi, secondo la sentenza, **“laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina di settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell’art. 113 del D.lgs. n. 267/2000, mentre, in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove non sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l’altra categoria.”**

La portata di tale decisione appare in tutta la sua evidenza: ciò che è determinante per stabilire la rilevanza economica di un servizio non è dunque “l’attualità della concorrenza nel particolare mercato dei servizi, quanto la potenzialità che una

gestione economica del servizio ha di generare un utile e di dar luogo a conseguenti situazioni di concorrenza”.

Le implicazioni della pronuncia del Tar Sardegna, perfettamente adesiva ai principi enucleati dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza, su tutta una serie di servizi di tipo sociale o culturale potrebbero essere notevoli sotto il profilo organizzativo-gestionale.

Se infatti è possibile considerare economicamente rilevanti tali servizi, ad essi andranno applicate le disposizioni dell’art. 113 Tuel ai fini dell’individuazione delle modalità gestionali e di affidamento. In altre parole, i moduli organizzativi utilizzabili sarebbero quelli “concorrenziali” individuati dal legislatore statale: l’affidamento con gara a società di capitali; l’affidamento diretto a società miste, nelle quali il socio privato sia stato prescelto con procedura ad evidenza pubblica; l’affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, sulle quali le Amministrazioni esercitino un controllo effettivo, mentre lo spazio residuo per la disciplina di fonte regionale sarebbe limitato alle disposizioni di dettaglio in esecuzione e integrazione delle norme di principio statali.

Per la stessa categoria di servizi non potrebbero essere adottate soluzioni gestionali consolidate in passato, come l’istituzione o l’azienda speciale, né affidamenti ad aziende pubbliche di servizi alla persona o a fondazioni derivanti dalla trasformazione delle ex IPAB, con effetti “*sconvolgenti* per le delicate dinamiche gestionali di molti sistemi locali di servizi sociali”.²²

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, per quanto riguarda la disciplina dei servizi pubblici locali il quadro che emerge da quanto rappresentato può essere sintetizzato in questo modo:

a) nei servizi pubblici locali a rilevanza economica:

- si applica il diritto comunitario, la legislazione statale sui servizi, la legislazione regionale;
- la competenza riservata allo Stato si fonda sulla tutela della concorrenza, nella sua accezione di “protezione” e “promozione” della concorrenza stessa;
- applicando il principio di proporzionalità e di adeguatezza, essendo la tutela della concorrenza una materia-funzione di estensione trasversale, le norme statali si configurano quali “norme-principio” nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale;
- l’intervento legislativo regionale è limitato ad una regolamentazione di tipo integrativo e di dettaglio delle previsioni generali di fonte

²² A. BARBIERO, cit.

statale, regolamentazione che configura in ogni caso un compito rilevante circa il concreto esercizio della concorrenza.

Sarebbe forse possibile, a mio sommo avviso, ipotizzare una legittimazione dello Stato a legiferare in via esclusiva e generale in quanto ad esso compete determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ovvero disciplinare in via settoriale altre materie, quali ad esempio la “promozione e l’organizzazione di attività culturali” o “la valorizzazione dei beni culturali”.

b) nei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica:

- in questi servizi, sottratti al mercato concorrenziale, si applica il diritto comunitario e la legislazione regionale;
- la potestà normativa regionale è piena, potendo prevedere sia disposizioni di carattere generale – norme di principio – sia di dettaglio;
- i modelli di gestione di tali servizi non necessariamente dovranno essere corrispondenti a quelli previsti dall’art. 113-*bis* del Tuel dichiarato incostituzionale.

Va da ultimo ricordato come, nell’ipotesi in cui la Regione non provveda a disciplinare con proprie norme la materia facendo uso del potere ad essa attribuito, è riconosciuta al Comune la piena potestà a regolamentare autonomamente l’organizzazione e la gestione sicuramente dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e, verosimilmente – a giudizio di chi scrive – anche di quelli economicamente rilevanti.