

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: LA RILEVANZA ECONOMICA DEL SERVIZIO DI ILLUMINAZIONE VOTIVA

dell'Avv. dello Stato Giulio Bacosi e della Dott.ssa Valentina Giammaria

Il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza n. 5409 del 23.10.2012 - pronunciandosi sulla qualificazione giuridica del servizio di illuminazione votiva in termini di servizio a rilevanza economica - ha chiarito che per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole considerare non solo la tipologia o la caratteristica merceologica del servizio ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale sceglie per rispondere alle esigenze dei cittadini. Di alcun pregio discrezionale è stata invece ritenuta l'esigua redditività dell'attività svolta.

The Council of State, Section V, with judgement n. 5409, of October 23rd 2012, in answer to the legal classification of the lighting service votive in terms of service economically significant, made clear that in order to qualify a public service as having economic importance or less is reasonable to consider not only the type or characteristic commodity of the service but also the organizational solution that the local authority chooses to meet the needs of citizens. Any discretionary value was instead held a small profitability of the activity.

Sommario: 1. La nozione di servizio pubblico. 2. I servizi pubblici locali. 3. Il servizio di illuminazione votiva: la qualificazione giuridica. 4. Servizi a rilevanza economica o privi di rilevanza economica: i criteri discretivi.

1. La nozione di servizio pubblico.

Dalle vischiose e a tratti ambigue pieghe del sistema normativo sembra emergere una nozione di servizio pubblico piuttosto opaca, il cui arduo esame consentirà di comprendere la nascita e lo sviluppo delle attività di prestazione di servizi da parte degli enti locali.

Con il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale e dipoi allo Stato sociale - il cd Welfare State - i pubblici poteri nel corso del XX secolo dimisero le vesti autoritarie assumendo quelle di erogatori di servizi a vantaggio dei cittadini. Si registrò infatti il progressivo passaggio da un agire della pubblica amministrazione ispirato ai tradizionali moduli autoritativi - al quale si contrapponevano quegli interessi legittimi generalmente definiti "oppositivi"- ad un *modus operandi* caratterizzato da spiccati profili di pariteticità, che lasciava affiorare figure di interessi legittimi definiti "pretensivi".

Purtuttavia, volgendo lo sguardo d'oltralpe è possibile rilevare che già dalla fine del XIX secolo in Francia la nozione di service public fu associata a quella di Stato in senso costitu-

zionale, fondando la legittimazione del potere pubblico più sulla funzione di prestazione che di regolazione.

In Italia¹ invece si enucleò un concetto autonomo di servizio pubblico solo quando fu possibile delineare in modo chiaro il distinguo tra l'agire autoritativo e quello paritetico della pubblica amministrazione.

Alla fine del XX secolo sotto l'influenza dell'esperienza americana delle *public utilities* - a seguito della quale fu considerato naturale che alcuni servizi di pubblico interesse fossero gestiti da soggetti privati - le problematiche gravitanti nell'orbita dei servizi pubblici si accrebbero, specie con riferimento alla natura del soggetto erogatore del servizio.

¹ L'Italia rispetto agli altri Paesi Europei affrontò con ritardo il problema politico, economico e giuridico dei servizi locali. L'Inghilterra invece fu tra le prime nazioni a sperimentare il fenomeno della municipalizzazione seguita dalla Francia che inserì a partire dal 1880 nell'agenda politica il tema dei servizi pubblici. La Spagna estese la "municipalizzazione" a tutti i comuni con la riforma dell'ordinamento comunale del 1924 mentre in Germania e in Austria l'ampia autonomia riconosciuta ai Comuni agevolò l'espansione dei servizi pubblici.

Orbene, il tema che si affronta appare complesso non solo per la pluralità di questioni che impinge ma anche per l'alone terminologico che lo ammantava.

A compasso allargato infatti, nell'orbe giuridico si rinvenivano una pluralità di norme nelle quali si fa riferimento ai servizi pubblici; dal microcosmo penalistico - in particolare nella disciplina sui reati contro la pubblica amministrazione - affiorano gli art. 357 co. 2 e 358 c.p.; da quello civilistico emerge l'art. 826, co. 3, c.c. - che fa discendere dalla destinazione a servizio pubblico l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile-; infine dal microcosmo amministrativo emerge l'art. 33 del d.lgs. 80 del 1998 - come modificato dall'art. 7 l. 205/2000 - che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi. Per vero, la norma ai fini del riparto di giurisdizione accoglie una nozione ampia di pubblico servizio, includendovi le attività di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, tradizionalmente estranee a tale nozione. Finanche nella Carta Costituzionale all'art. 43 assume rilievo la nozione di servizio pubblico - considerato ivi come oggetto di un'impresa, conformemente all'art. 2082 c.c.- talchè il riferimento è ad una attività che ha la caratteristica di poter essere svolta in modo organizzato e per finalità economiche.

Purtuttavia, nonostante la pluralità di riferimenti normativi deve concludersi che non esiste una nozione normativa di servizio pubblico e tale lacuna appare colmata da un vivace dibattito dottrinale nel quale si contrap-

² L'art. 357 c.p., co. 1, considera pubblici ufficiali, agli effetti della legge penale, coloro che esercitano una "pubblica funzione" legislativa, giudiziaria o amministrativa. Il co. 2 chiarisce che è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi. L'art. 358 c.p. stabilisce che, agli effetti della legge penale, per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, caratterizzata però dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

pongono una concezione oggettiva e una soggettiva di servizio pubblico. Alla stregua della teoria c.d. soggettiva la pubblicità viene identificata nella imputabilità del servizio all'organizzazione pubblica e nella titolarità dello stesso in capo al soggetto pubblico, indipendentemente dalla natura dell'effettivo gestore. Orbene, in dottrina e in giurisprudenza sembra ormai prevalere la teoria oggettiva in virtù della quale in sede di individuazione delle attività suscumbibili sotto la nozione di servizio pubblico assume rilievo decisivo il loro assoggettamento ad una disciplina settoriale che assicuri il perseguimento di fini sociali e che sia idonea a soddisfare le esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti.

2. Servizi pubblici locali.

La questione concernente i servizi pubblici locali costituisce una delle tematiche più complesse e al contempo avvincenti del diritto amministrativo, oggetto di un articolato dibattito giurisprudenziale e dottrinale, specie con riferimento alle modalità di affidamento dei servizi.

Sin dagli inizi del Novecento le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali hanno rappresentato un importante crocevia giuridico e politico-istituzionale.

La prima normativa per il Regno d'Italia sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni fu la l. 103 del 29.3.1903, nata per far fronte all'esigenza di "perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"³.

Con la l. 103 del 1903 si consentì ai comuni di assumere per via ordinaria la gestione diretta dei servizi pubblici - tramite l'istituzione di aziende speciali - e si prevede un controllo da parte delle autorità comunali e governative sul funzionamento e sull'andamento della gestione delle municipalizzate al fine di promuovere l'assunzione di responsabilità da parte dei comuni stessi nella valuta-

³ Dagli atti della Relazione al Parlamento.

zione della convenienza economica della gestione diretta dei servizi pubblici.

Alla l. 103 del 1903 fece seguito il R.D. 30.12.1923, n. 3047, con cui si consentì alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi e si autorizzò il Governo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina, anche con riguardo a norme dettate successivamente alla stessa l. del 1923.

Dipoi fu emanato il R.D. n. 2578 del 15.10.1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

L'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di servizi pubblici era libera qualora il servizio venisse svolto in regime concorrenziale e limitata qualora si svolgeva in regime di monopolio. In tale ultima ipotesi, la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa doveva avvenire per l. comportando una compressione dei diritti privati.

Orbene, a seguito della l. 8.6.1990 n. 142 con il riconoscimento della potestà statutaria a comuni e province anche la disciplina dei servizi pubblici locali confermò il potenziamento delle autonomie. Fu ampliata la nozione di servizio pubblico proposta dall'art. 22, co. 1, l. n. 142/1990 rispetto a quella che si ricavava dal testo unico sulla municipalizzazione perché comprendente oltre alle attività imprenditoriali - rivolte alla produzione di utilità a favore dell'utenza pubblica - anche le attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale, per le quali è peraltro suggerita alla lett. d) del co. 3, la forma di gestione mediante "istituzione" (co. 3, lett. d).

Secondo l'art. 22, co. 1, l. n. 142/1990 il servizio pubblico era condotto secondo schemi prevalentemente imprenditoriali intesi a fornire al cittadino un'utilità pubblica, di regola, in regime di diritto comune.

La gestione del pubblico servizio doveva essere improntata ai criteri di efficienza ed economicità tanto che anche per gli enti di gestione dei servizi pubblici sussisteva l'obbligo del pareggio del bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. Orbene, l'art. 22 della l. 142 del 1990 disponeva che i pubblici servizi potessero es-

sere gestiti in economia⁴, mediante concessione a terzi⁵; a mezzo di azienda speciale⁶, a mezzo d'istituzioni per l'esercizio di servizi sociali che non avessero rilevanza imprenditoriale; con società per azioni a prevalente capitale pubblico⁷ o con l'unione fra più comuni.

La l. 142/1990 fu poi assorbita nel d.lgs. 267 del 10.8.2000, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) che all'art. 112, co. 1, chiarisce che gli enti locali - nell'ambito delle rispettive competenze - provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali e all'art. 113 disciplina le forme di gestione dei servizi pubblici introducendo la possibilità di costituire società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

Nel processo evolutivo della legislazione italiana in tema di gestione e affidamento di servizi pubblici un punto di svolta fu rappresentato dall'art. 35 della l. 448 del 2001 (la l. finanziaria per il 2002) che nel ridisciplinare la materia introdusse la distinzione tra servizi aventi rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale.

Dipoi con la l. 326 del 2003 si determinò il superamento del criterio distintivo basato esclusivamente sulle modalità di produzione introducendo il distinguo tra servizi a rilevan-

⁴ La gestione in economia era ammessa quando le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione.

⁵ La gestione mediante concessione a terzi veniva consentita qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportasse un costo di gran lunga inferiore);

⁶ La gestione mediante azienda speciale veniva consentita quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed autonomia;

⁷ La gestione mediante società per azioni a prevalente capitale pubblico veniva consentita qualora si fosse ravvisata l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblici o privati.

za economica e privi di rilevanza economica⁸.

La questione afferente alla qualificazione del servizio pubblico non è meramente dogmatica apparendo, per vero, gravida di rilevanti implicazioni applicative determinando la rilevanza economica del servizio la necessità di procedere all'affidamento della gestione mediante procedura a evidenza pubblica.

Con l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008 -che ha abrogato le parti dell'art. 113 incompatibili- sono state riformulate le regole sull'affidamento e la gestione del servizio e con il d.P.R. 7.9.168 del 2010 è stato adottato il regolamento di attuazione.

La suddetta disciplina - vietando di regola la gestione diretta dei servizi pubblici da parte degli enti locali - ha introdotto regole più restrittive di quelle poste dalla legislazione Comunitaria⁹. Purtuttavia, con il referendum del 6.6.2012 è stata abrogata l'intera disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23 *bis*; a seguito di tale abrogazione l'affidamento secondo il modello in house deve pertanto ritenersi consentito solo nel rispetto dei vincoli

⁸Preme rilevare che l'ordinamento comunitario non conosce la nozione di servizio pubblico bensì quella di servizio di interesse economico generale, rinvenibile in particolare negli articoli 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Orbene, la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, ove limitata all'ambito locale e quella di servizi pubblici di rilevanza economica hanno contenuto omologo.

⁹ Il legislatore nazionale, con l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008 richiedeva espressamente per l'affidamento in house la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario: la detenzione da parte dell'ente pubblico della maggioranza del capitale sociale; l'esercizio di una forma di controllo sull'attività analoga a quella svolta sui propri servizi e l'esercizio, da parte della società affidataria, della quota prevalente della sua attività con, o per conto dell'ente pubblico. Esigeva poi anche una previa pubblicità adeguata e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'analisi di mercato, con successiva trasmissione di una relazione dall'ente affidante all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante se il valore economico del servizio superava la somma complessiva di 200.000 euro annui e la sussistenza di situazioni eccezionali che "a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

posti dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Orbene, a pochi mesi di distanza dal referendum abrogativo, il Governo ha approvato il d.l. 138/2011 16 con il quale all'art. 4 si è disciplinata la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica riproducendo, sostanzialmente, i contenuti dell'art. 23 *bis* e del relativo regolamento di attuazione.

3. Il servizio di illuminazione votiva: la qualificazione giuridica.

Entrando *in medias res*, occorre spostare il fuoco dell'analisi sulla vicenda fattuale che ha dato la stura alla pronuncia de qua.

Orbene, il caso prende le mosse dalla delibera n. 624 del 23.12.2009 del Comune di Siena avente a oggetto la riassunzione in forma diretta del servizio di gestione degli impianti di illuminazione votiva dei cimiteri comunali. Tale scelta veniva motivata sulla base della considerazione che la gestione in forma diretta rappresentava l'opzione economicamente più conveniente e consentanea ad assicurare all'utenza un servizio di adeguata qualità.

Alcune società operanti nel campo dell'illuminazione votiva all'interno dei cimiteri comunali interposero ricorso innanzi al TAR Toscana impugnando la delibera comunale e lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 113 e 113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, nonché dell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, norma che all'epoca (successivamente abrogata dal referendum del giugno 2011) regolava la materia dei spl.

Con sentenza n. 593 del 2011 il TAR Toscana dichiarava infondato il ricorso e lo respingeva. Dipoi le ricorrenti società presentarono appello al Consiglio di Stato per l'annullamento o la riforma della sentenza emessa dal giudice di prime cure, lamentando che l'assunzione diretta del servizio pubblico di illuminazione votiva da parte del Comune avrebbe sottraendo al mercato un servizio pubblico a rilevanza economica fosse in contrasto con i principi comunitari in tema di libera concorrenza, recepiti nell'ordinamento italiano con l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, vigente al momento dell'adozione da parte del Comune di Siena del provvedimento

impugnato.

Il Comune di Siena costituendosi in giudizio propose appello incidentale condizionato per la riforma della sentenza nella parte in cui avrebbe erroneamente qualificato il servizio di illuminazione votiva come servizio pubblico economico.

Il Consiglio di Stato con sentenza del 23.10.2012, n. 5409 ritenute fondate le ragioni delle ricorrenti ha accolto l'appello principale respingendo quello incidentale.

Orbene, alla luce del combinato disposto dell'art. 23 bis, co. 1,2,3¹⁰ e 11 del d.l. n. 112 del 2008 è stato riconosciuto in capo all'ente locale l'obbligo di immettere sul mercato e offrire alla concorrenza - mediante le procedure a evidenza pubblica - i servizi pubblici a rilevanza economica, rappresentando l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico una modalità eccezionale e derogatoria esperibile solo qualora le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettano un efficace e utile ricorso al mercato.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha avuto agio di chiarire che, in base alla disciplina dettata dall'art. 23 bis del d. l. n. 112 del 2008 e ss.mm.ii., in caso di servizi pubblici a rilevanza economica non ne è consentita la gestione in economia, salve le deroghe previste dalla normativa richiamata e con le modalità da essa indicate.

4. Servizi a rilevanza economica o privi di rilevanza economica: i criteri discretivi.

Volendo intercettare i fili del groviglio di questioni che gravitano attorno al caso che si esamina, viene infine in considerazione la

¹⁰ Tali co. stabilivano quale modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici locali il conferimento della stessa "...a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità..".

qualificazione giuridica del servizio di illuminazione votiva quale servizio avente rilevanza economica.

All'uopo infatti, il Consiglio di Stato sottolinea che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo tale che appare difficile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica. Alla luce della costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare le circostanze e le 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 questione¹¹.

Per poter qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica occorre avere riguardo a due fondamentali profili, uno relativo alla tipologia e alle caratteristiche merceologiche del servizio - vi sono infatti attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti alle quali non è ascrivibile una rilevanza economica - e l'altro concernente le modalità organizzative pratiche individuate dall'amministrazione di riferimento.

Quatenus opus est, si dovrebbe concentrare il fuoco dell'analisi sull'elemento organizzativo del servizio erogato, atteso che la distinzione tra servizi aventi ovvero privi di rilevanza economica non si pone soltanto in astratto bensì anche analizzando il modo in cui il servizio risulta organizzato. All'uopo basterà por mente alla considerazione del Consiglio di Stato secondo la quale sono considerabili servizi privi di rilevanza economica solo i servizi resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo.

Orbene, il Consiglio di Stato ha qualificato il servizio di illuminazione votiva quale servizio a rilevanza economica giacchè astrattamente idoneo a produrre un utile di gestione e, quindi in grado di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore, a nulla rilevando l'esiguità degli utili maturati a fron-

¹¹ Corte di giustizia CE, sentenza 22.5.2003, causa 18/2001

te della gestione del servizio.

Lo svolgimento da parte del Comune di Siena di una propria attività imprenditoriale seppur senza autonoma organizzazione - poichè il servizio sarebbe stato gestito integrando le relative attività con quelle svolte dalle direzioni edilizie e dalla direzione risorse finanziarie - ha costituito circostanza dirimente per sussumere tale servizio tra quelli a rilevanza economica con conseguente necessità di affidamento mediante procedura a evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato ha specificato che *“il principio cui è finalizzata la disciplina di cui all’art. 23 bis è la tutela della concorrenza e l’apertura al mercato per tutte le attività imprenditoriali e non la forma più economica di gestione dei servizi pubblici locali”*.

Dagli interstizi della disciplina positiva emerge che la questione affrontata non è più attuale, atteso che l’art. 23 bis del d.lgs. 112 del 2008, nel testo risultante dalle modificazioni apportate dalla l. 6.8.2008, n. 133 e dall’art. 15, co. 1 ter del d. l. n. 135 convertito con modificazioni dalla l. n. 166 del 2009, è stato abrogato a seguito di referendum popolare del 6.6.2011, sostanzialmente riproposto con l’art. 4 del d. l. 13.8.2011, n. 138, convertito in l. n. 148 del 2011, è stato espunto definitivamente dall’ordinamento con sentenza della Corte Costituzionale 20.7.2012, n. 199¹².

¹² La Consulta ha accolto i ricorsi contro la manovra estiva 2011 presentati da alcune regioni, osservando che l’art. 4 della manovra Tremonti era stato adottato in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare mediante referendum, desumibile dall’art. 75 della Costituzione, secondo quanto già riconosciuto da una costante giurisprudenza costituzionale.

In particolare, la Consulta esplicita che *“a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più “favorevole” per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell’abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un’interpretazione ancor più estesa dell’ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali”*.

Orbene, volendo serrare sistematicamente le fila del compendio di spunti che hanno preso le mosse dalla pronuncia che si annota, preme in ultimo rilevare che alla luce del mutato contesto normativo agli enti locali non è precluso - a fronte di delibere motivate e sostenute da elementi di conoscenza economico-territoriale- il ricorrere a proprie scelte organizzative in luogo di affidarsi al mercato concorrenziale per la gestione dei servizi pubblici locali.