

RELAZIONE EX ART. 34, COMMA 20 E 21 DEL D.L. 179/2012, CONVERTITO IN L.221/2012

Contesto giuridico

La norma di cui all'art. 34 del D.L. 179/2012, convertito in L. 221/2012, giunge al termine di un lungo e complesso iter normativo volto a regolare la materia dei pubblici servizi, caratterizzato da una cospicua e a volte caotica produzione legislativa, resa ancor più complessa dall'avvicinarsi di consultazioni referendarie e/o da pronunciamenti della Corte Costituzionale.

Con la norma sopraindicata il Legislatore ha rinunciato ad imporre una regolamentazione nazionale che disciplini l'affidamento dei servizi pubblici, rimandando alle disposizioni ricavabili dall'ordinamento europeo.

Il rispetto della disciplina europea deve essere "dimostrato" da una apposita relazione da pubblicarsi sul sito internet dell'Ente Affidante.

Tali principi sono ricavabili dal comma 20 e 21 dell'art. 34 del D.L. 179/2012, che recitano:

20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

21. Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.

Ambito oggettivo di applicazione

Per capire l'ambito di applicazione delle norme in parola, bisogna innanzi tutto delimitare la nozione di "**Servizio Pubblico locale a rilevanza economica**".

L'art. 112 del D. Lgs. 267/2000, rubricato espressamente come "Servizi Pubblici Locali", di fatto non contiene alcuna definizione di tale istituto giuridico e si limita a rilevare che i servizi pubblici locali debbano avere "... per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 T.U.E.L., deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo dalla riconduzione diretta o indiretta soggettivo, (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico (Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369).

La giurisprudenza ha affermato che **il servizio pubblico è quello che consente al Comune di realizzare fini sociali e di promuovere lo sviluppo civile della comunità locale ai sensi dell'art. 112 del D. Lgs. 267/2000, in quanto preordinato a soddisfare i bisogni della cittadinanza indifferenziata.**

Distinzione fra servizi pubblici locali aventi rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica

Il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, (convertito nella Legge 24 dicembre 2003 n. 350), ha modificato gli articoli 113 e 113/bis del D. Lgs. 267/2000, distinguendo fra **servizi aventi rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza**.

Anche in questo caso non vi è una norma espressa che individua la nozione precisa delle due fattispecie giuridiche per cui bisogna ricorrere alle definizioni che ne hanno dato la dottrina e la giurisprudenza.

In primo luogo è opportuno riferirsi al *Libro Verde sui servizi di interesse generale*” presentato il 21/05/2003, dalla Commissione delle comunità Europee, in cui si afferma 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”.

Sia secondo la Corte di Giustizia Europea (**sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001**), sia secondo la Corte Costituzionale (**sentenza n° 272/2004**), è compito del legislatore 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 all’eventuale finanziamento pubblico della stessa.

In altri termini la differenza fra le due tipologie di servizi pubblici attiene all’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività (**Tar Sardegna, n. 1729 del 2 agosto 2005**).

Deve dunque 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 finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell’attività in questione.

Esclusioni

Servizi Strumentali

Una prima categoria di servizi esclusi dall’ambito di applicazione della norma di cui all’art. 34, Comma 20 e 21 del D.L. 179/2012, oltre naturalmente ai servizi pubblici non aventi rilevanza economica, sono i cosiddetti **servizi strumentali**.

I Servizi Strumentali

Si definiscono servizi strumentali, quei servizi prestati in favore della Pubblica amministrazione, che eventualmente utilizza tale prestazione ai fini dell’ erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività.

Ad esempio la potatura degli alberi è un servizio che un terzo presta a favore della Amministrazione, ma da cui trae vantaggio l’intera collettività.

“Possono definirsi strumentali ... tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l’Ente di riferimento e con le quali lo stesso Ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali” (**TAR LAZIO – Roma – Sez. III° n° 3109/2008**).

Ne consegue che i cosiddetti servizi strumentali sono quei servizi che un terzo soggetto svolge a favore di una amministrazione, contro un corrispettivo pagato dal medesimo Ente Pubblico.

In altri termini i servizi strumentali saranno quei servizi affidabili dall’Ente Pubblico mediante gara di appalto, secondo le modalità previste dal Codice dei Contratti (D. Lgs. 163/2006 e successive modifiche ed integrazioni)

Ulteriori esclusioni

A) Il comma 25 del citato art. 34, prevede che i comma da 20 a 22 non si applicano al servizio di distribuzione del gas naturale, di distribuzione dell’energia elettrica ed alla gestione delle farmacie comunali. Sono inoltre fatte salve le norme in merito alla partecipazione alle gare d’ambito per l’affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale, di cui all’articolo 37 del decreto-legge 83/2012 s.m.i..

B) Parrebbe inoltre che il comma 23 dell’art. 34 del D.L. 179/2012, enuclei una ulteriore fetta di

servizi che sfuggono alla applicazione dei precedenti comma 20 e 21.

Recita infatti l'art. 34 comma 23 del D.L. 179/2012:

23. Dopo il comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente:

«1-bis. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

Se ai sensi del comma 1 dell'art. 3/bis del D.L. 138/2011, la competenza ad individuare gli ambiti ottimali è regionale e a tale Ente compete anche determinare l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, non si vede perché i singoli Comuni debbano esplicitare in una relazione il rispetto della "sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta".

Tale obbligo di natura pubblicitaria ed informativa, dovrebbe difatti ricadere sull'organo di governo degli ambiti cui spetterà materialmente attuare la procedura di affidamento.

Per cui parrebbe opportuno escludere dall'obbligo di relazione i servizi di rete avente rilevanza economica, ovvero: trasporti, rifiuti e gestione del ciclo dell'acqua.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

Una volta definite le caratteristiche dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e delineati i casi di espressa esclusione, occorre capire quali siano le disposizioni della legislazione comunitaria che si applicano in tema di affidamento e che devono essere rispettate dall'Ente locale.

Secondo la normativa comunitaria gli enti locali possono procedere ad affidare la gestione dei servizi pubblici locali, incluso il servizio idrico integrato, attraverso:

esternalizzazione a terzi con espletamento di procedure ad evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di appalti e concessioni di servizi;

società mista, la cui selezione del socio privato avvenga mediante gara a doppio oggetto, in applicazione delle disposizioni inerenti il PPP;

gestione cosiddetta "in house", purché sussistano i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, e vi sia l'assoggettamento ai vincoli disposti dalle vigenti normative.

Per i servizi a rete di rilevanza economica, inoltre, il soggetto affidante dovrà tener conto oltre che della disciplina comunitaria, anche delle norme nazionali settoriali.

CASI PRATICI RELATIVI AL COMUNE DI CATTOLICA

Fatti salvi i servizi esclusi per i motivi di cui in premessa e le specificazioni, di seguito fornite, in merito alla gestione di alcuni impianti sportivi ed al servizio di Tesoreria, il Comune di Cattolica ha attualmente in essere affidamenti dei seguenti servizi pubblici a rilevanza economica

1) Parcheggi Pubblici "Torconaca" e "Bus Terminal"

2) Servizio Ormezzio e sosta delle imbarcazione da diporto e pesca nel canale Ventena;

3) Refezione scolastica;

1) Parcheggi Pubblici "Torconca" e "Bus Terminal";

Il servizio è stato affidato mediante procedura di gara aperta ex art. 55 – D.lgs n. 163/06 e ss.mm.ii, dal 31/05/2013 al 31/12/2021. Determinazione approvazione del bando 115/2013. Canone concessorio annuo € 21.501,01 oltre ad Iva;

Rapporti con l'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 179/2012 = Il servizio in esame, essendo stato affidato mediante gara pubblica rientra pienamente nei parametri di affidamento previsti dall'ordinamento europeo.

2) Servizio Ormeaggio e sosta delle imbarcazione da diporto e pesca nel canale Ventena

Il Servizio è stato affidato a seguito di procedura aperta ex art. 55 – D.lgs 163/2006 dal 15/03/2013 al 18/11/2020. Determina a contrattare Settore 2° n. 61 del 08/02/2013. Canone concessorio 15.000,00 iva esclusa;

Rapporti con l'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 179/2012 = Il servizio in esame, essendo stato affidato mediante gara pubblica rientra pienamente nei parametri di affidamento previsti dall'ordinamento europeo.

3) Refezione scolastica;

Il servizio è stato affidato in appalto a seguito di procedura aperta ex art. 55 D.lgs 163/2006 dal 1/09/2012 al 31/08/2015. Determina approvazione del bando n. 479/2012. Determina dirigenziale di aggiudicazione n. 745/2012. Corrispettivo 1.019.304,00 oltre ad iva 4%;

Classificazione = Il servizio di che trattasi è di difficile classificazione. La giurisprudenza in materia è piuttosto altalenante. Una cospicua parte delle sentenze dà per scontato la sua rilevanza economica (vedasi C.d.S. 26/01/2011 n° 552). Altre, viceversa, parlano di assenza di rilevanza economica allorché solo con l'intervento pubblico si assicura la redditività della prestazione (Consiglio di Stato 6529/2010). Nel caso di specie sembra piuttosto difficile negare una redditività al servizio e quindi la potenziale esistenza di una sua rilevanza economica. D'altra parte il servizio si connota come una prestazione rivolta verso la pluralità dell'utenza e quindi anche come servizio pubblico locale e non come servizio strumentale.

Rapporti con l'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 179/2012 = Il servizio in esame, essendo stato affidato mediante gara pubblica rientra pienamente nei parametri di affidamento previsti dall'ordinamento europeo.

IN MERITO AI SERVIZI DI SEGUITO INDIVIDUATI, SI RITIENE OPPORTUNO SPECIFICARE QUANTO SEGUE:

Impianti sportivi vari:

Il Comune possiede 8 impianti sportivi e fra questi:

- A) Palazzetto dello sport, attualmente affidato in concessione a terzi;
- B) La Palestra via del Porto“, attualmente affidato in concessione a terzi;
- C) Il Centro Calcistico Torconca, attualmente affidato in concessione a terzi;
- D) La Palestra ginnastica artistica struttura geodetica, attualmente affidato in concessione a terzi;
- E) L'Impianto sportivo "Atletica leggera", attualmente affidato in concessione a terzi;
- F) Il Bocciodromo Comunale Via Quarto, attualmente affidato in concessione a terzi;
- G) Il Centro Calcistico Salvo d'Acquisto, attualmente gestito in economia;
- H) Lo stadio Calbi, attualmente affidato in concessione a terzi;

La Legge 289/2002 dispone che: *“ai fini del conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 29 della presente legge, nei casi in cui l'Ente Territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società ed associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri generali i obiettivi, per l'individuazione dei soggetti affidatari. Le Regioni disciplinano con propria legge, le modalità di affidamento”*

La Regione Emilia Romagna ha legiferato in materia con L.R. n° 11 del 06/07/2007.

Tale disposizione legislativa non riguarda, per esplicito postulato (art. 2, comma 2 lett. a L.R.

11/2007) *“ ... gli impianti per i quali l'affidamento del servizio di gestione è regolato dall'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali) ed è intesa a favorire e valorizzare la cultura dell'associazionismo sportivo espressione del territorio e che da anni opera nel settore sportivo e senza finalità di lucro.”* (art. 1, c.4.)

Più semplicemente dunque si può tranquillamente affermare che la richiamata legge regionale si

applica a quegli impianti che non hanno rilevanza economica.

Il comune ha espletato procedure di affidamento conformi al dettato della L.R. 11/2007, avendo ritenuto che gli impianti di che trattasi non avessero alcuna valenza economica, per sua natura, per le dimensioni del territorio comunale, per il bacino d'utenza, per il massimo rilievo della dimensione sociale rispetto all'esigenza della concorrenza.

Del resto, anche il fatto che a tutte le singole procedure espletate abbia partecipato solo una associazione sportiva dilettantistica, dimostra quanto le attività abbiano scarsa o nulla attrattiva economica.

Allo stesso risultato ermeneutico porta anche la constatazione del contributo di gestione dato dal Comune alla locale Polisportiva, a supporto dell'attività di promozione sportiva e di diffusione della pratica sportiva, fornita al Comune da detto soggetto (principio di sussidiarietà orizzontale).

Rapporti con l'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 179/2012 : Per i motivi sopra esposti si ritiene che l'affidamento in concessione degli impianti sportivi comunali non sia classificabili come S.P.L. aventi rilevanza economica e di conseguenza non si rientra nel campo di applicazione dell'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 138/2011.

Tesoreria

Affidamento attuale/Durata = Attualmente il servizio di Tesoreria è affidato per il periodo dal 1° gennaio 2011 al 31 dicembre 2015 Unicredit Banca Spa;

Tale affidamento è avvenuto a seguito di mediante procedura aperta ex. Art. 55 D.Lgs. 163/2006.

Classificazione = la Cass. Civ., Sez. Unite, 3 aprile 2009, n. 8113 ha avuto modo di ribadire che il contratto di tesoreria *“va qualificato in termini di rapporto concessorio e non di appalto di servizi, implicando il conferimento di funzioni pubblicistiche, quali il maneggio di pubblico danaro ed il controllo sulla regolarità dei mandati e dei prospetti di pagamento”*.

Rapporti con l'art. 34, comma 20 e 21 del D.L. 179/2012 = Tale servizio pubblico, essendo stato affidato mediante gara pubblica (procedura aperta) è quindi in regola con le normative europee.