

LA GESTIONE ASSOCIATA DI SERVIZI E FUNZIONI COMUNALI

dell'Avv. Federico Mazzella

La "manovra estiva" di cui al d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito nella l.n.30.7.2010, n. 122) ha imposto ai piccoli comuni la obbligatorietà del ricorso alla gestione associata di buona parte delle funzioni di loro competenza

1. Le novità contenute nella manovra di cui al d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito in l. 30.7.2010, n. 122) in punto di gestione associata delle funzioni comunali.

Manovra finanziaria varata dal governo con il d.l. 31.5.2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, nella l. 30.7.2010, n. 122), conteneva una norma, l'art. 14, rubricata "Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali". Tra queste, per quel che interessa in questa sede, i coo. da 26 a 31 erano diretti "ad assicurare il coordinamento della finanza pubblica e il contenimento delle spese per l'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni" (art. 14, co. 25).

In particolare, il co. 28 ha stabilito che "Le funzioni fondamentali dei comuni ... sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, esclusi le isole monocomune ed il comune di Campione d'Italia. Tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti"; ed il successivo co. 29, ne ha completato la previsione, ponendo il duplice divieto per cui "I comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata. La medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa".

Mentre il precedente co. 27 ha avuto cura di precisare come "fino alla data di entrata in vigore della legge con cui sono individuate le funzioni fondamentali di cui all'art. 117, co. 2, lett. p), della costituzione, sono considerate funzioni fondamentali dei comuni le funzioni di cui all'articolo 21, co. 3, della l. 5.5. 2009,

n. 42". Pertanto, le funzioni fondamentali che i cd. "piccoli comuni" sono tenuti a svolgere in forma associata, devono essere rintracciate (al momento) tra quelle indicate dalla l. delega al Governo in materia di federalismo fiscale; il cui art. 21, co. 3, le ha (provvisoriamente) così elencate: "a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge; b) funzioni di polizia locale; c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica; d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti; e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato; f) funzioni del settore sociale". Si tratta, a ben vedere, dell'ennesimo tentativo di affrontare il tema delle difficoltà organizzative e gestionali che incontrano i piccoli comuni; da alcuni ritenuto il più radicale, anche in considerazione del fatto che "al marcato aumento delle esperienze di gestione associata non ha però corrisposto un incremento direttamente proporzionale dei servizi gestiti in modo unitario, soprattutto per ciò che riguarda le attività fondamentali", con la conseguenza che "molto spesso alle forme associative sono stati assegnati i compiti nuovi e/o quelli che hanno un rilievo ridotto"¹.

¹ Così, A. BIANCO, *La gestione associata diventa obbligatoria*, in *Comuni d'Italia*, 5/2010; per il quale "Le ragioni che sono alla base della scelta legislativa e, più in generale, della spinta alla razionalizzazione della dimensione dei comuni, sono costituite essenzialmente dalla constatazione che i piccoli municipi si li-

2. I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione e la gestione associata di funzioni e servizi.

Il modello della gestione in forma associata di (funzioni e) servizi da parte degli enti locali ha avuto una sua prima disciplina compiuta nella riforma attuata dalla l. 8.6.1990, n. 142, i cui artt. 24 e ss. hanno introdotto gli istituti della “convenzione”, del “consorzio”, della “unione di comuni” (ivi compresa la “comunità montana”) e dello “accordo di programma”, successivamente trasfusi nel capo V – rubricato “Forme associative” – del titolo II (“Soggetti”) della parte I (“Ordinamento Istituzionale”) del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 (meglio noto come “Testo Unico delle leggi sull’ordinamento degli Enti locali”: cd. TUEL).

La novella suddetta si ispirava ad una serie di principi che, negli anni – e nei testi legislativi (dalla l. 15.3.1997, n. 59 e dal d. lgs. 31.3.1998, n. 112, meglio note come “Leggi Bassanini”, fino ad arrivare alla l. 5.6.2003, n. 131, più conosciuta come “Legge La Loggia”) – seguenti, hanno costituito il cardine della riforma del titolo V della costituzione attuata con la l. cost. 18.10. 2001, n. 3. E, soprattutto, rispondeva – o, almeno, intendeva rispondere – alle difficoltà che, in particolare, i piccoli comuni incontravano nell’esercizio dei compiti² loro affidati.

L’attuale testo dell’art. 118 cost., infatti, stabilisce che “Le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”; i quali, quindi, consentono di mediare, nel concreto, tale attribuzione “preferenziale”, operata a livello costituzionale, di funzioni amministrative ai comuni.

Il principio di sussidiarietà ha avuto una

mitano nella gran parte dei casi a svolgere solo le funzioni essenziali e che non sono in condizione di erogare numerosi servizi e dalla necessità di pervenire a economie di scala”.

² Il termine “compiti” va qui inteso nel senso ampio utilizzato dal d. lgs. n. 112/1998 cit., inclusivo sia delle funzioni pubbliche sia dei servizi pubblici.

sua prima definizione a livello normativo nell’art. 4, co. 3, della l. n. 59/1997 cit.³ e prevede che “l’intervento degli enti pubblici territoriali (Stato, regioni, province, città metropolitane e comuni) debba essere attuato esclusivamente come sussidio, appunto, sia nei confronti dei cittadini sia degli enti e degli apparati amministrativi sottostanti, solo nel caso in cui il cittadino o l’entità sottostante sia impossibilitata ad agire per conto proprio o ossia non possieda dimensioni o risorse «adeguate» a svolgere quel determinato compito o ad assolvere a quella funzione”⁴.

Complementari a tale principio fondamentale si pongono quelli di adeguatezza⁵ e differenziazione⁶, parimenti definiti dal predetto art. 4, co. 3, l. n. 59/1997. Il primo rappresenta “quella regola per cui il legislatore deve attribuire le funzioni amministrative ai diversi enti territoriali considerando la circostanza che essi posseggano una dimensione, e perciò una capacità di governo, adeguata a soddisfare i bisogni e gli interessi della rispettiva collettività”; mentre il secondo “imponesse invece al legislatore di tenere conto, sempre nell’attribuzione delle funzioni amministrative ai diversi enti, della realtà di fatto che caratterizza la situazione concreta degli enti, anche all’interno della medesima cate-

³ Ai sensi della lett. a) di tale art. 4, “l’attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, [da parte delle Regioni – all’epoca, ossia ante riforma del Titolo V della Costituzione – sarebbe dovuto avvenire] secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l’esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”.

⁴ Così, L. COEN in “Commentario Breve alla Costituzione”, a cura di S. BARTOLE e R. BIN, 2008.

⁵ La lett. g) dell’art. 4 in esame disponeva che l’attribuzione di compiti e funzioni amministrative a comuni, province e comunità montane, da parte delle Regioni, avvenisse “in relazione all’idoneità organizzativa dell’amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l’esercizio delle funzioni”.

⁶ La successiva lett. h) del medesimo art. 4, infine, stabiliva che tale “allocazione delle funzioni” avvenisse “in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi”.

goria, e di modulare perciò, all'interno di questa, la disciplina relativa all'attribuzione dei compiti in modo da rispettare il principio di adeguatezza"⁷.

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, occorre sin d'ora sottolineare come ambo tali ultimi principi, sin dalla loro originaria definizione normativa, hanno sottolineato l'importanza del modello associativo di esercizio delle funzioni o di gestione dei servizi: in base al principio di adeguatezza, infatti, occorre considerare "l'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni" (art. 4, co. 3, lett. g), l. n. 59/1997); mentre secondo il principio di differenziazione, si deve tener conto "delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi" (art. 4, co. 3, lett. h), l. n. 59/1997).

Su tale scia, invero, si colloca il disposto dell'art. 2 della l. n. 131/2003 cit. (recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18.8.2001, n. 3"), ai sensi del quale il Governo, nell'attuare il dettato dell'art. 117, co. 2, lett. p), cost.⁸, è tenuto a "valorizzare i principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurarne l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i Comuni" (art. 2, co. 3, lett. c), l. n. 131/2003).

In questa prospettiva, il suddetto modello associativo ha avuto come finalità, tra l'altro, anche quella di fornire una risposta alla precedentemente accennata debolezza dei piccoli comuni. Se, infatti, i comuni "sono in linea di principio titolari ope constitutionis di tutte le funzioni amministrative e normative loro attribuite", in virtù del richiamato principio di

adeguatezza, "devono essere adeguati: avere cioè una organizzazione all'altezza, risorse finanziarie sufficienti, disponibilità di personale e di mezzi materiali in modo da garantire una gestione efficiente, efficace, economicamente vantaggiosa e, soprattutto, funzionale alla migliore erogazione dei servizi ai cittadini"⁹. Ed appare conseguentemente evidente, pertanto, come questi aspetti, in maniera critica, "interessino in modo particolare i comuni più piccoli che generalmente sono anche quelli caratterizzati da una minore densità abitativa, dallo scarso sviluppo economico e dalla ubicazione in aree morfologicamente svantaggiate [...]. Sono proprio i più piccoli che risentono maggiormente di questa incertezza nel reperimento delle risorse necessarie poiché hanno minori entrate e al tempo stesso sostengono costi più elevati per la gestione dei servizi locali"¹⁰.

Pertanto, la gestione associata di funzioni e servizi sembra comportare, in questo quadro, una serie di vantaggi di rilievo: a) il personale dedicato a specifiche aree risulta più specializzato per cui giunge a risultati di migliore qualità, in minor tempo e, quindi, con maggiore efficacia ed efficienza; b) la specializzazione, fonte e risultato di professionalità,

⁹ Così, A. PIRAINO in V. SPAGNUOLO (a cura di), *Piccoli comuni e gestione associata di funzioni e servizi*, 2003.

¹⁰ Così, S. BINDI, *La gestione associata di funzioni e servizi nei piccoli comuni della Toscana*, 2005. In proposito, l'A. rileva come "una delle principali cause dell'inefficienza nella prestazione dei servizi pubblici locali è proprio data dalla inadeguatezza delle dimensioni amministrative dei comuni", per cui "i servizi e le funzioni sono infatti erogati in una dimensione corrispondente a quella in cui storicamente si sono definiti gli enti locali che, però, non necessariamente, è anche quella adeguata all'erogazione di servizi e all'esercizio di funzioni. Se i comuni sono troppo piccoli o troppo grandi danno origine a diseconomie di scala, che non consentono un uso razionale delle risorse disponibili. La conseguenza è che i comuni piccoli sono spinti a indirizzare le proprie risorse per garantire l'esercizio dei servizi e delle funzioni «indispensabili» scegliendo di non attivare altri servizi e funzioni non obbligatori ma ugualmente meritori, quali quelli sociali e culturali. E' quindi generalmente antieconomico che tanti comuni, singolarmente, gestiscano tanti servizi pubblici equivalenti. A maggior ragione, quando questi comuni sono di piccole dimensioni, è più giusto trovare una soglia dimensionale minima per la distribuzione delle risorse sul territorio".

⁷ Così, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2008.

⁸ Che così recita testualmente: "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane".

favorisce la valorizzazione delle competenze; c) l'orientamento ad un bacino territoriale più ampio consente di migliorare l'analisi del fabbisogno e di offrire una risposta più organica e strutturata allo stesso; d) si gestiscono più incisivamente i problemi complessi che esulano da ristretto ambito comunale; e) si realizza uniformità di servizi, garantiti allo stesso modo (nell'accesso e nella prestazione) nei diversi comuni associati, evitando possibili disparità di trattamento; f) a regime e per un ampio ventaglio di servizi sociali, si realizzano economie di scala e si ha minore incidenza di taluni costi sui bilanci dei diversi comuni; g) vi è la possibilità di sviluppare progetti che godono di incentivi statali e regionali ad hoc e si può accedere a risorse finanziarie pubbliche destinate a Enti uniti in una gestione comune dei servizi sociali¹¹.

Ed appare, invero, ascrivibile al raggiungimento di questi obiettivi, le disposizioni contenute nell'art. 33 del d. lgs. n. 267/2000 – rubricato “Esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni” – ai sensi del quale: “Al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, le regioni individuano livelli ottimali di esercizio delle stesse” (co. 2); “Le regioni predispongono, concordandolo con i comuni nelle apposite sedi concertative, un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione” (co. 3); e, infine, “Al fine di favorire il processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, le regioni provvedono a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del programma territoriale di cui al comma 3, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo” (co. 4).

3. Le Forme Associative.

¹¹ Per questa elencazione, v. K. GIUSEPPONI (a cura di), *Gestione in forma associata dei servizi sociali*, 2009.

Attualmente, le “Forme Associative” tra enti locali – che, come si è appena avuto modo di vedere, le regioni sono chiamate ad incentivare – trovano la loro disciplina nel capo V, del titolo II, della parte I, del “Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali” di cui al citato d. lgs. n. 267/2000. Queste sono essenzialmente riconducibili alle *convenzioni* (art. 30), ai *consorzi* (art. 31), alle *unioni di comuni* (art. 32) e – anche se di minor interesse nell'economia della presente trattazione – agli *accordi di programma* (art. 34).

Come è possibile evincere dalla concreta disciplina normativa dettata dal legislatore, si tratta di modelli associativi di diverso contenuto; anche se, in proposito, è dato notare come “nell'impianto originario (art. 24, l. n. 142/1990) vi erano confini più netti tra le forme associative, poiché l'unione era finalizzata alla fusione tra i comuni, il consorzio era previsto per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica e la convenzione era la forma generale e residuale”¹².

Quest'ultima, a ben vedere, costituisce la forma più semplice di gestione associata: *i*) non comportando la costituzione di un nuovo soggetto¹³ come accade, invece, per il consorzio o l'unione di comuni; *ii*) venendo stipulata per singoli servizi (l'art. 30 parla di “funzioni e servizi determinati”), dei quali definisce *ex ante* tutte le condizioni operative, a differenza, anche qui, di consorzi ed unioni (tramite cui, rispettivamente, l'art. 31 consente “la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni”, e l'art. 32 di “esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni”); e *iii*) potendo essere disposto tra le parti il suo scioglimento in modo meno gravoso rispetto alle altre forme associative.

Tali caratteristiche, invero, rappresentano, di converso, anche i limiti del modello convenzionale, laddove “la definizione *ex ante*

¹² Così, S. CIVITARESE in “Commentario Breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali”, a cura di R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, 2006.

¹³ Tale, infatti, non può essere considerato l'ufficio comune eventualmente costituito ai sensi del quarto comma dell'art. 30 TUEL, al quale vengono affidati compiti tecnici o di coordinamento che non comportano imputazione di dichiarazioni di volontà o di giudizio.

richiesta per la sua approvazione ed operativizzazione, se da una parte permette di definire, almeno teoricamente, tutte le condizioni di scambio e di risultato atteso, dall'altro ingessa le potenzialità del processo associativo ad un accordo rigido [...]. Ciò significa che i servizi e le funzioni gestite tramite convenzione sono pressoché privi di capacità di adattamento e sviluppo strategico se nei termini previsti dall'accordo stesso"; con la logica conseguenza che "le convenzioni sono, da questo punto di vista, uno strumento adatto se le condizioni di partenza sono chiare, condivise e se non mutano troppo rapidamente nel tempo" ¹⁴.

All'opposto delle convenzioni si collocano le unioni di comuni, le quali appaiono, a tutti gli effetti, come vere e proprie istituzioni pubbliche con organi di rappresentanza, governo e controllo (Presidente, Giunta e Consiglio), nonché potestà statutaria e regolamentare; con ciò godendo di una maggiore autonomia gestionale nello svolgimento dei compiti loro affidati e, al contempo, patendo le criticità connesse alla necessità di essere accompagnate, per tutto l'arco della loro durata, dal perdurare di un forte accordo politico sotteso.

Sotto tale ultimo profilo, meno implicazioni sembra portare con sé la forma associativa consortile – nelle due distinte tipologie (originariamente) previste del consorzio di gestione (di servizi), cd. "consorzio a struttura imprenditoriale" o "consorzio-azienda" (¹⁵); e del consorzio di (esercizio di) funzioni, cd. "consorzio burocratico" o "consorzio isti-

tuzionale"¹⁶ – la quale, tendenzialmente, si viene a collocare in posizione di mera strumentalità rispetto agli enti locali consorziati: questi, infatti, ne approvano lo statuto, ne compongono l'assemblea, e ne nominano il consiglio di amministrazione.

4. La gestione in forma associata di servizi.

Per quel che riguarda la gestione attraverso tali forme associative dei servizi pubblici locali, occorre operare una distinzione in base alla rilevanza economica di questi ultimi.

In proposito, l'analisi deve partire dal disposto delle norme dettate in materia nel titolo V della parte I del d. lgs. n. 267/2000, rubricato "Servizi e interventi pubblici locali". L'art. 112, introduttivo di tale titolo, stabilisce che "Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Diversamente, il successivo art. 113 – nel testo da ultimo modificato dall'art. 14 del d.l. 30.9.2003, n. 269 (convertito in l. 24.11.2003, n. 326) – disciplina l'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedendo, al quinto comma, che questa avvenga "con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica"¹⁷; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a

¹⁴ Così, G. XILO in V. SPAGNUOLO (a cura di), *Piccoli comuni e gestione associata di funzioni e servizi*, 2003.

¹⁵ In proposito, occorre osservare come il primo comma dell'art. 31 TUEL disponga la costituzione dei consorzi "secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'art. 114, in quanto compatibili"; mentre il successivo ottavo comma stabilisce che: "Ai consorzi che gestiscono attività di cui all'art. 113-bis [originariamente riferite ai servizi pubblici locali "privi di rilevanza industriale", poi divenuta "rilevanza economica"], si applicano le norme previste per le aziende speciali". Per entrambe tali forme (consorzi ex art. 31, c. 8, cit. ed aziende speciali), tuttavia, l'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448 ("Finanziaria 2002") ha disposto la trasformazione in società di capitali ai sensi dell'art. 115 TUEL.

¹⁶ I consorzi di funzione, invero, sembrano essere stati soppressi ad opera dell'art. 1, c. 1 *quater*, del d.l.25.1.2010, n. 2 (convertito nella l. 26.3.2010, n. 42), di modifica dell'art.2, co. 186, lett. e), della l.23.12.2009, n. 191 ("Finanziaria 2010").

¹⁷ In proposito, occorre tenere presente che la riserva in favore delle società di capitali deve essere disapplicata in forza della sentenza della CGCE 18.12.2007, C-357/06.

condizione che l'ente o 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”.

Attualmente, tuttavia, tale norma va coordinata – o, meglio, considerata abrogata nelle sue parti incompatibili – con quanto previsto dall'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito in l. 6.8.2008, n. 133) – nel testo modificato dall'art. 35 del d.l.25.9.2009, n. 135 (convertito in l.20.11.2009, n. 166) – in base al quale: *“Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in 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, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 %. (co. 2). In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al co. 2, per 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, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (co. 3)”.*

Infine, deve richiamarsi anche l'art. 114 TUEL, il cui secondo comma – che prevede la forma della “istituzione” quale “organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale” – è stato oggetto di una recente decisione del CdS, che ha affermato come *“l'affidamento di un servizio pubblico all'istituzione integra una fattispecie nella quale, pur non provvedendo l'ente direttamente alla gestione del servizio, si utilizza uno strumento organizzativo che fa capo all'ente stesso attraverso le forme di collegamento e sovraordinazione stabilite dall'art. 114 d. lgs. n. 267/2000 e quindi difforme dall'affidamento del servizio ad un soggetto del tutto estraneo all'amministrazione comunale, quale potrebbe essere l'ipotesi di una società. Infatti, le istituzioni, seppure dotate di autonomia gestionale, quali organismi strumentali sono soggetti istituzionalmente dipendenti dagli enti locali e sono parte dell'apparato amministrativo che fa capo al comune; come tali, le stesse possono, nell'ambito degli speciali moduli convenzionali o consorziali tra enti locali previsti dalle norme legislative e regolamentari, essere affidatarie di servizi pubblici sociali privi di rilevanza economica per la gestione comune tra più enti locali”*¹⁸.

Nell'articolato quadro normativo così ricostruito, pertanto, la rilevanza economica di un servizio pubblico locale sembra essere incompatibile con la gestione di questo in forma associata¹⁹. In proposito, e con particolare

¹⁸ Così, CdS, V, n.6529/2010 (massimata su questa Rivista).

¹⁹ Sul punto, si rinvia nuovamente alla citata sent. CdS, V, n. 6529/2010; la quale, dopo aver osservato che *“Ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può dunque, alla stregua della ... giurisprudenza costituzionale e della ... giurisprudenza comunitaria ... far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione. In effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica –*

riferimento allo strumento della convenzione,

attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica – può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto ... disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni"; ha così concluso: *"A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio"*.

è stato sostenuto che *"può essere fonte di disciplina delle modalità di gestione di un servizio, ma non una modalità di gestione"*²⁰. Allo stesso modo, deve ritenersi ormai superata anche la possibilità di ricorrere alla forma consortile, *sub specie* del consorzio-azienda, dopo che l'art. 35 della l. 28.12.2001, n. 448 (Finanziaria 2002), nel modificare – una prima volta – il testo dell'art. 113 cit., ha imposto agli enti locali la trasformazione dei consorzi *"che gestiscono attività di cui al comma 1 dell'art. 113 ... in società di capitali ai sensi dell'art. 115"*.

²⁰ Così, S. CIVITARESE in *"Commentario Breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali"*, a cura di R. CAVALLO PERIN e A. ROMANO, 2006.

«.....GA.....»