

“

Ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.

(Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 25, comma 1)

”

Servizi c.d. “esclusi”, servizi sociali, culturali, sportivi: quale regolamentazione per l’ente locale

C'è una larga parte di attività dei comuni che è stata lasciata, dal nuovo codice dei contratti pubblici, priva o quasi di una adeguata e compiuta regolamentazione. Si tratta di quegli appalti che il codice, in maniera asettica, definisce compresi nell'allegato II-B, ma che al di là della fredda definizione rivestono spesso una fondamentale importanza per fasce di popolazione particolarmente “sensibili”, disagiate o deboli, ed esposte a istanze lontane dal gioco del libero mercato. Del resto il codice è dichiaratamente ispirato alla scelta del miglior contraente sulla base delle valutazioni strettamente economiche e sul gioco della concorrenza: si comprende pertanto come lo stesso codice si disinteressi di quegli appalti dove invece emergono esigenze di carattere più spiccatamente sociale. E si comprende altresì, quindi, come i meccanismi di aggiudicazione di questi appalti, da concretizzarsi peraltro nel rispetto dei fondamentali principi comunitari e interni, si fondino essenzialmente sulla possibilità di ricorrere alla trattativa privata e al sistema in economia, relegati invece dal codice quali sistemi residuali nel sistema complessivo.

Si tratta infatti di quei servizi (culturali, sociali, ricreativi e del tempo libero, ecc.) in cui, come detto, lo stesso codice non trova diretta applicazione per la fase dell'aggiudicazione.

Va sottolineato al riguardo che già l'art. 113 e l'art. 113-bis del t.u.e.l. delineavano una fondamentale distinzione tra servizi in cui lo scopo di lucro è la ragione rilevante e altri in cui invece tale aspetto esula dalla individuazione dei profili più rilevanti di detti servizi.

Come è noto, tuttavia, la sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004 aveva decapitato il sistema binario, dichiarando l'illegittimità della disciplina statale in materia di servizi privi di rilevanza economica, delineando tuttavia la possibilità e la necessità che questo vuoto normativo fosse colmato dalla normazione regionale e anche da quella comunale.

Negli ultimi anni, nell'ambito dello scenario generale dei contratti pubblici, si è assistito quindi a una più che rilevante novità, costituita dall'introduzione di una specifica normativa di supporto alle politiche attive del lavoro, con particolare riferimento alle persone svantaggiate. Si tratta di una puntuale produzione normativa, incentrata su tre linee di intervento: il ruolo del terzo settore; gli inserimenti lavorativi di soggetti svantaggiati; i rapporti con la pubblica amministrazione, attraverso l'utilizzo di diversi e sofisticati strumenti, quali gli appalti riservati, le clausole sociali, i laboratori protetti, ecc. Infatti, la maggior parte di questi servizi è disciplinata con normative speciali che già prevalevano sul disposto dell'art. 113-bis del t.u.e.l. in virtù dell'inciso del comma 1, che appunto richiamava e faceva salve espressamente tali disposizioni e le singole discipline settoriali.

Come è stato rimarcato, del resto, “l'ambito di applicazione del regime dei servizi pubblici

locali sociali [...] si è nel tempo drasticamente ridotto causa l'entrata in vigore di una serie di provvedimenti settoriali (statali e regionali) che ne hanno disciplinato l'esercizio tramite altre, distinte forme di gestione" (FRANCHI SCARSELLI).

In particolare, infatti, non a caso già prima (ma anche dopo l'emanazione) del testo unico degli enti locali (e sopravvivendo allo stesso), le normative che si sono sviluppate riguardanti il terzo settore (la legge sul volontariato n. 266/1991, quella sulle cooperative sociali n. 381/1991 modificata dalla legge 52/1996 e, infine, quella sull'associazionismo n. 383/2000) dettano disposizioni di principio che le regioni, a loro volta, hanno reso operative con linee di attuazione, per gli enti locali, della disciplina per la gestione dei servizi: esse prevedono in particolare il convenzionamento, attraverso cui si crea un rapporto bilaterale di regolamentazione con un contraente prescelto con forme che prescindono dalle tipizzazioni di evidenza pubblica e dalle altre forme contemplate dal testo unico enti locali.

L'interrogativo che sorge spontaneo alla lettura delle disposizioni di settore è quello che consente forme di affidamento diretto di tali servizi: in un sistema incentrato in linea così estesa sull'affidamento diretto, non è fuor di luogo infatti interrogarsi sulla compatibilità con i principi comunitari, in *primis* con quello della concorsualità. Sembra questa anche, del resto, la preoccupazione che aveva mosso la Commissione Ue a inviare al Governo italiano la lettera di contestazione in mora, datata 26 giugno 2002, relativa ai primi cinque commi e al quindicesimo comma dell'articolo 35 della legge 448/2001 per il contrasto con le direttive sugli appalti di servizi (la 92/50/Cee) e sui settori esclusi (la 93/38/Cee) e con gli articoli 43 e seguenti e 49 e seguenti del Trattato Ce. Il necessario rispetto dei principi comunitari è stato oggetto del resto anche della Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 23 giugno 2006.

Il problema che si pone all'interprete è quindi quello di vedere se tali norme – vecchie e nuove – sono effettivamente compatibili con l'assetto che deriva dalla partecipazione del nostro Paese agli obblighi comunitari, contrapponendosi in questo quadro due esigenze: la prima che richiede il previo espletamento di gare a evidenza pubblica; la seconda che sembra legittimare l'affidamento diretto *sic et simpliciter*. La legittimità di tali scelte normative deve essere valutata in primo luogo alla stregua delle prescrizioni comunitarie in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Viene qui in rilievo l'ambito di applicabilità dell'art. 27 del codice dei contratti pubblici, le cui scarse norme fanno riferimento ad affidamenti dei contratti pubblici che avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, ma che devono comunque essere preceduti da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

Al riguardo, come noto, il preminente interesse della comunità è di garantire l'osservanza dei principi di concorrenza e di libera circolazione, che la pubblica amministrazione, anche quando opti per l'occupazione di spazi di operatività nel mercato sottraendoli all'iniziativa privata, deve rispettare secondo principi di proporzionalità (del mezzo – inteso come formula organizzativa scelta – rispetto al fine da perseguire) e di efficienza, mentre, nel caso in cui l'amministrazione operi al di fuori del mercato, ossia seguendo criteri di segno contrario a quelli remunerativi ed economici in quanto reputato conveniente per la collettività, secondo logiche avulse da quelle proprie dell'impresa.

È parimenti noto che quello di concorsualità è un principio "ormai immanente nell'ordinamento, tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a." (G. SCIULLO) tanto che – pur dando per scontato che la direttiva in materia di appalti pubblici di servizi non si applica alla differente fattispecie delle concessioni (o, in genere, degli affidamenti) di servizi pubblici – la Commissione ha in tempi recenti espresso l'opinione per la quale dette concessioni risulterebbero soggette alle norme e ai principi del Trattato, in particolare alle norme in tema di libera circolazione dei servizi e ai principi di trasparenza e di non discriminazione in ordine al regime prevalente dell'affidamento diretto nei confronti dei principi costituzionali e dei principi di diritto comunitario.

La normativa in questione sembra ispirarsi (almeno per il campo dei servizi sociali) proprio a un parere emanato in data 10 dicembre 1997 a livello europeo dal Comitato economico e sociale in merito a “La cooperazione con le associazioni di solidarietà sociale come *partner* socioe-economici in campo sociale”, il quale, dopo aver premesso che in linea di principio l’attività delle associazioni di solidarietà è rivolta a un pubblico generico e che, conformemente a ciò, i beneficiari delle prestazioni offerte sono persone afflitte da determinati impedimenti sociali oppure persone o cittadini che necessitano in via temporanea o a lungo termine di assistenza sociale, ha riconosciuto che “la prestazione del servizio avviene senza scopo di lucro (*no profit*) e non si presta perciò a una selezione fondata su criteri di mercato”. La sfida che le associazioni di interesse generale devono affrontare oggi, secondo le esatte parole del Comitato, è la “sistematica commercializzazione del soddisfacimento dei bisogni di tipo sociale. Se tali associazioni fossero interamente esposte alla libera concorrenza con operatori orientati al profitto, questi ultimi, conformemente al proprio obiettivo, opererebbero solo nei settori delle prestazioni di assistenza sociale che si mostrassero redditizi. In quel caso sarebbe difficile per le associazioni di solidarietà continuare a svolgere la funzione di assistenza sociale generale, se non altro per via dei notevoli costi che vi sono associati”. Ben si comprende, quindi, come il legislatore abbia dettato una norma – l’art. 52 del d.lgs. 163/2006 – che riserva agli operatori del terzo settore la possibilità di concorrere ad appalti a ciò destinati.

Non è superfluo peraltro qui sottolineare che le modalità di affidamento di tali servizi sono spesso dissimili da quelli del caducato art. 113-*bis*: quest’ultimo prevedeva, infatti, modalità di affidamento diretto dei servizi privi di rilevanza economica a soggetti che rappresentano l’emanazione diretta dell’ente.

Le regole di settore spesso, invece, istituiscono forme di confronto concorrenziale tra gli aspiranti aggiudicatari del servizio, cosicché il modello dell’esternalizzazione dei servizi rimane presente nelle norme di carattere speciale che regolano per esempio l’affidamento dei servizi sociali, sportivi e culturali. E se, come detto, la riforma dell’art. 113-*bis* era ispirata al principio dell’*in house providing*, la normativa di settore invece fa proprio dello strumento dell’affidamento ai terzi un caposaldo, esaltando il principio della sussidiarietà.

Per esempio, in materia di servizi sportivi, la tendenza a garantire forme privilegiate di affidamento mediante schemi convenzionali alle associazioni sportive è confermata dal testo della norma introdotta dall’art. 90, comma 25, della legge finanziaria 2003 che – assai opportunamente, sopperendo al vuoto normativo che la legislazione previgente aveva posto – prevede che “nei casi in cui l’ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che stabiliscono i criteri d’uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l’individuazione dei soggetti affidatari”.

In materia di servizi culturali, le conclusioni sopra riportate vengono confermate dalla lettura del codice dei beni culturali e del paesaggio, approvato con decreto legislativo n. 42 del 22 gennaio 2004, il cui articolo 115 prevede due distinte forme di gestione delle attività di valorizzazione del patrimonio culturale nazionale da parte della pubblica amministrazione: in forma diretta o indiretta.

In materia di servizi sociali, infine, il d.P.C.M. 30 marzo 2000, nel codificare all’articolo 3 lo strumento classico della convenzione per la regolamentazione dei rapporti tra enti locali e terzo settore, dispone (articolo 4) – dettato per i comuni – quali siano i criteri di selezione dei soggetti privati cui affidare i servizi (la formazione, la qualificazione e l’esperienza del personale coinvolto e l’esperienza maturata nel settore di riferimento), prevedendo le modalità di aggiudicazione dei servizi che terranno conto di elementi qualitativi individuati nel contenimento del *turn over* degli operatori e negli strumenti di organizzazione del lavoro, nella conoscenza dei problemi del territorio e delle risorse sociali della comunità e nel rispetto dei contratti collettivi nazionali di categoria.

Ecco quindi che gli interventi che vengono ospitati in questo numero sono tutti volti a delineare la disciplina di questi servizi, sia sotto il profilo definitorio (e di questo si occupa l’articolo di **Lucca**), sia sotto

il profilo delle modalità di affidamento, sia infine sotto il profilo soggettivo dei particolari soggetti che partecipano agli affidamenti di detti servizi. Di questi profili si occupano rispettivamente gli articoli di **Alesio**, di **Usai**, di **Oliveri** e di **Minetti**.

L'intervento di Alesio in particolare è diretto, primariamente, a esaminare gli affidamenti sociali in deroga, rappresentati da una serie di istituti, caratterizzati da un unitario "effetto finale": la creazione di modalità di affidamento di contratti pubblici, in deroga alla disciplina generale, quale quella caratterizzata dalla presenza predominante e imprescindibile del principio di concorrenza. Quindi, una serie di peculiari istituti, disciplinanti affidamenti, i quali, ontologicamente, nascono, se non in totale contrapposizione, sicuramente in deroga al principio di libera concorrenza. Infine, affidamenti "sociali", in quanto è indubbio il perseguimento di finalità sociali insite nei medesimi.

E se pur è vero che si aprono così interessanti prospettive di semplificazione per le procedure di affidamento, rispetto alla complessa disciplina prevista ordinariamente per i servizi dell'allegato II-A, non va nondimeno sottaciuto che spesso, per quel concerne la particolare categoria dell'affidamento dei servizi sportivi (o se si preferisce di quelli che il menzionato art. 113-*bis* del t.u.e.l. definiva come servizi ricreativi e del tempo libero), il principio della concorsualità rappresenta un valore da salvaguardare rispetto alle facili scorciatoie rappresentate dai sin troppo frequenti affidamenti diretti. In questo le prescrizioni da porre in ossequio a quanto sancito dall'art. 90, comma 25, della legge 289/2002 sono ben scolpite sia nell'esemplificazione pratica a cura di **Contino**, sia nelle osservazioni contenute nell'articolo di **Mingarelli**, che tendono a porre in guardia il lettore dalla scontatezza e ripetitività di certe procedure che oramai non trovano più cittadinanza nel nostro ordinamento.

DIRETTORE

FRANCESCO SAVELLI

DIRETTORE SCIENTIFICO

TIZIANO TESSARO

Segretario generale del T.A.R. Veneto

DIRETTORE RESPONSABILE

MANLIO MAGGIOLI

COMITATO SCIENTIFICO

MASSIMILIANO ALESIO

Avvocato

GIOVANNI BALSAMO

Prefetto Ministero dell'interno

DANIELE CAMPALTO

Dirigente risorse umane del Comune di Mira (Venezia)

ROBERTO CAMPORESI

Dottore commercialista

RICCARDO CARPINO

Direttore della Segreteria della Conferenza

Stato-regioni e della Conferenza unificata

CATERINA CITTADINO

Direttore generale del Cnipa

EVA CONTINO

Dirigente e Vicesegretario generale del Comune

di Abano Terme

CARLA FRANCHINI

Funzionario del Comune di Rimini

LUIGI LOVECCHIO

Dottore commercialista in Bari, docente di diritto

tributario presso la Scuola superiore di economia

e finanze

MAURIZIO LUCCA

Segretario e Direttore generale del Comune di Vigonza

LEOPOLDO MAZZAROLLI

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università

di Padova

PAOLA MINETTI

Funzionario del Comune di Bologna

ALBERTO MINGARELLI

Viceprocuratore generale presso la Procura regionale per

il Veneto della Corte dei conti

FRANCESCO MONTEMURRO

Direttore dell'istituzione "Servizi alla persona"

del Comune di Arona

PAOLA MORIGI

Segretario generale della Camera di Commercio

di Ravenna

FABIO MELILLI

Vicepresidente Anci, Presidente Agenzia dei Segretari

MARIA GIULIANA MURIANNI

Avvocato

RICCARDO NOBILE

Direttore generale del Comune di Belluno

LUIGI OLIVERI

Dirigente coordinatore dell'Area servizi alla persona

e alla comunità della Provincia di Verona

FRANCESCA PALAZZI

Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università

di Bologna

ALBERTO PIEROBON

Componente della struttura di coordinamento

e supporto delle attività dei Commissari di Governo

per l'emergenza rifiuti - Presidenza del Consiglio

dei Ministri - Ministero dell'ambiente

CINZIA RENNA

Dirigente del servizio contabilità e gestione finanziaria

della Prefettura di Rimini - U.T.G.

CARLO SAFFIOTI

Segretario generale della Provincia di Lucca

AGOSTINO TABARRINI

Già Segretario generale del Comune di Terni

FRANCESCO TRAMONTANA

Segretario del Comune di Bisuschio (VA)

FABIO TROJANI

Avvocato, specialista in diritto amministrativo (Spisa)

LUCIANO VANDELLI

Professore ordinario di diritto amministrativo

nell'Università di Bologna

FRANCESCO VERBARO

Direttore dell'Ufficio per il personale delle p.a.

del Dipartimento per la funzione pubblica

COORDINAMENTO REDAZIONALE

Maria Letizia Fabbri

PROGETTO GRAFICO

Sara Bartolini



Sommario

2 Editoriale

di Tiziano Tessaro

9 Individuazione dei servizi (privi di rilevanza economica) sociali, culturali, sportivi

di Maurizio Lucca

17 Gli "affidamenti sociali in deroga" alla disciplina generale

di Massimiliano Alesio

24 Sulle clausole preferenziali delle imprese locali e sul rapporto tra il principio della concorrenza e gli appalti esclusi dall'applicazione integrale del codice

di Stefano Usai

29 Cooperazione sociale, regole e opportunità

di Luigi Oliveri

34 Le cooperative sociali: sistemi di affidamento

di Paola Minetti

44 La gestione economica degli impianti pubblici comunali destinati a soggetti che praticano sport professionistico

di Alberto Mingarelli

Hanno collaborato a questo numero:

MICHELA BRASIGLIANI

Consulente in materia sociale e culturale

STEFANO USAI

Vicesegretario del Comune di Terralba (OR)

Formulario

53 La gestione degli impianti sportivi comunali
di Eva Contino

61 Il caso

di Maria Giuliana Murianni in collaborazione con **Euro P.A.**
SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Rassegna tecnica

a cura di Francesco Savelli e Francesca Palazzi

64 normativa

68 giurisprudenza

77 circolari & pareri

82 quesiti

Inserto staccabile **3**

Rassegna di giurisprudenza

L'affidamento dei servizi di utilità sociale.

Il caso dei servizi sportivi comunali

a cura di Francesca Palazzi

Individuazione dei servizi (privi di rilevanza economica) sociali, culturali, sportivi

di Maurizio Lucca

L'individuazione dei servizi *privi di* rilevanza economica costituisce un aspetto determinante ai fini dell'organizzazione di talune attività (sociali, culturali, sportive) che rappresentano una fascia di primario interesse per la pubblica amministrazione, in quanto incidono in modo diretto sull'affidamento (con o senza gara) delle prestazioni richieste, oltre a rientrare in una speciale disciplina derogatoria rispetto a quella del codice dei contratti pubblici.

In altri termini, la classificazione del servizio può comportare l'applicazione di una specifica disciplina normativa al di fuori, cioè, di quella stabilita dal codice (*ex* decreto legislativo n. 163 del 2006), assoggettandosi allo stesso solo per i principi generali (vedi, per esempio, per i contratti di sponsorizzazione) (1).

Il testo unico degli enti locali, agli artt. 113 (Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) e 113-*bis* (Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), delinea due distinti modelli di servizi pubblici (e relative procedure di affidamento), disponendo che, “ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto”, in contrapposizione a quelli a rilevanza economica (da servizi a rilevanza industriale a servizi a rilevanza economica, nella precedente edizione) (2) che richiedono una procedura con-

corsuale – in via generale – aderendo agli inviti della Ue (per assicurare procedure concorrenziali negli affidamenti) (3).

Con il mutamento della denominazione, in origine, s'intendeva ricondurre il servizio pubblico su un piano di reale competitività, distinta dalla sua manifestazione pubblicistica e strumentale alla potestà autoritativa dell'ente pubblico di riferimento, in un sincero tentativo di liberalizzazione del sistema a vantaggio dell'utente, degli investimenti strutturali e del miglioramento oggettivo del servizio, all'abbassamento dei costi e alla regolamentazione delle tariffe, perdendo così parte di quella originaria socialità che ha portato l'ente locale a produrre servizi di pubblica utilità a beneficio di tutta la comunità, favorendo concretamente l'*utilitas* pubblica, differenziando così l'ambito dell'intervento: una parte privilegiando gli utili d'impresa (*ex* art. 113), l'altra la socialità-solidarietà (*ex* art. 113-*bis*) dove l'utile non rappresenta lo scopo principale del servizio, come dovrebbe essere in concreto (4).

come punto d'arrivo di un tracciato giuridico-concettuale che fornisce una nozione contenutistica del servizio pubblico, inteso come produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1995, n. 240).

(3) L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria (Commento al d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, n. 4, pp. 739-759.

(4) In tal senso, C. TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, che richiamandosi agli articoli 16 e 86, p. 2, del Trattato e alla giurisprudenza della Corte di giustizia precisa che i servizi di interesse economico sono “ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato e che può essere svolta da un privato a scopo di lucro è un'attività economica”, mentre “la nozione di servizi di interesse generale [...] deve trattarsi di servizi che riguardano la collettività, che sono cioè volti a soddisfare biso-

(1) M. LUCCA, *Sponsorizzazioni e concorrenza secondo l'Antitrust*, in “La Gazzetta degli enti locali”, 29 febbraio 2008, e *Procedure concorrenziali per gli accordi di collaborazione (e le sponsorizzazioni) alla luce riflessa del codice dei contratti pubblici*, in www.lexitalia.it, 2006, n. 7/8.

(2) La definizione da rilevanza industriale a economica si pone

Emerge, dalla lettura delle due norme, che i processi di esternalizzazione dei servizi pubblici si differenziano in funzione dell'aspetto economico (ossia dell'utilità monetaria) del servizio con un effetto di generale dismissione dell'intervento diretto della p.a.: liberalizzazioni o privatizzazioni delle gestioni che possono avvenire con meccanismi societari o con convenzionamenti diretti, a seconda di come sono inquadrati i servizi da conferire.

I servizi privi di interesse economico possono essere, in questa linea interpretativa, identificati per la prevalenza dell'aspetto solidaristico, non necessariamente di ritorno economico, circostanza che non può essere differita per i servizi di interesse economico.

È evidente che il servizio pubblico è di tipo economico quando l'aspetto monetario sia determinante nella gestione del servizio, quando cioè l'organizzazione del servizio avviene con modalità di tipo imprenditoriale (o societario) e il profitto aziendale è tra gli obiettivi primari di bilancio, ovvero quando l'attività del servizio sia orientata a contenere i costi massimizzando gli utili, per un aumento dei ricavi oltre alla remunerazione del capitale investito a vantaggio della proprietà azionaria. Il servizio è privo di tale rilevanza economica, invece, quando non proietta l'attività aziendale al solo guadagno o al solo lucro, ma al servizio in sé (5).

gni generali dei cittadini o, comunque, degli utenti o dei consumatori finali"; i servizi a rilevanza economica sono, pertanto, "tutti quei servizi che riguardano la collettività e che vengono offerti in un determinato mercato dietro il pagamento, da parte degli utenti, di un prezzo (o canone), che, di regola, serve a coprire i costi, oltre a remunerare il capitale investito" mentre quelli "privi di rilevanza economica sono, di conseguenza, quei servizi che hanno principalmente carattere solidaristico e che non danno luogo alla realizzazione di profitti o che, comunque, non vengono svolti a scopo di lucro".

(5) T. TESSARO, *I servizi privi di rilevanza economica*, intervento a EuroPA., Rimini, 27 marzo 2004, ove è stato sostenuto che "tale nozione si richiama al concetto economico di imprenditore: le esigenze di una organizzazione e di un obiettivo evocano naturalmente i concetti di impresa (meno quello di industria) e di rendimento economico (non necessariamente, di lucro). Il riferimento, allora, non può che andare all'art. 2082 del c.c., secondo il quale «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.». In definitiva, quindi, si deve ritenere che, in presenza degli altri requisiti stabiliti dall'art. 2082 c.c., la natura imprenditoriale sussista ogni qualvolta l'attività economica organizzata, esercitata in via esclusiva o prevalente, a un dato obiettivo inerente alla attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, atteso che lo scopo di lucro riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore a esercitare la sua attività, mentre deve essere esclusa la suddetta natura nel caso che l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata imprenditoriale.

Corre allora l'obbligo di comprendere il punto di partenza della classificazione e riferirsi ai principi (e ai dettami) indicati dall'Unione europea all'interno dei c.d. "servizi di interesse generale" delineati nel Libro verde (6).

Una volta chiariti gli aspetti e i principi enunciati dal Libro verde sarà possibile inquadrare i servizi all'interno delle categorie menzionate, dovendo anticipare che il genere "servizi sociali", culturali e sportivi rientrano in discipline settoriali in funzione del loro carattere non prevalentemente economico e della loro funzione sociale-volontaristica.

Una prima osservazione, per un possibile inquadramento, risiede nella necessità di garantire servizi efficienti, di alta qualità, a parità di condizioni (non discriminatoria) e in piena competitività, salvaguardando l'interesse generale, in particolare la soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini e la tutela dei beni pubblici in caso di crollo del mercato.

Elementi che non definiscono ancora i diversi generi dei servizi.

Si è parlato così di una liberalizzazione "controllata", vale a dire un'apertura graduale del mercato e di una accessibilità allargata, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale, in particolare per garantire, con il concetto di "servizio universale", l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, a un servizio di qualità specificata a un prezzo abbordabile, avendo cura di garantire l'occupazione.

Nel dibattito che vi ha seguito, si è assistito a un'evoluzione con il Trattato di Amsterdam che ha riconosciuto la collocazione dei servizi di interesse economico generale fra i valori condivisi dell'Unione, assegnando alla Comunità e agli Stati membri, "ciascuno nell'ambito dei rispettivi poteri", una responsabilità per il corretto funzionamento di questi servizi.

La realtà dei servizi di interesse generale comprende i

Non è perciò imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengono erogati gratuitamente o a "prezzo politico", tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Così, non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestiscono gratuitamente o a prezzo simbolico un ospedale, una scuola, una mensa ecc... È invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico (copertura dei costi con i ricavi) anche se ispirato da un fine pubblico o ideale e anche se, ovviamente, le condizioni di mercato non consentono poi, in fatto, di remunerare i fattori produttivi".

(6) Libro verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003.

servizi sia di interesse economico che non economico. In questa delimitazione la gamma di attività è ampiamente diversificata tra le attività delle grandi industrie di rete (energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni), la sanità, l'istruzione e i servizi sociali, nonché in relazione alle dimensioni: dal livello europeo o persino mondiale a quello puramente locale (incluso le attività di mercato a quelle non di mercato).

La diversità dei servizi è quindi funzionale anche alle tradizioni culturali, alla storia e alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro, alle caratteristiche delle attività svolte, in particolare allo sviluppo tecnologico, con la conseguenza che sussistono diversi livelli di intervento della Comunità e l'uso di strumenti e discipline differenti.

L'espressione "servizi di interesse economico generale", nella prassi comunitaria, si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico, e riguarda, in particolare, alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione; tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta a obblighi di servizio pubblico.

È da precisare che il termine "servizio pubblico", per non incorrere in equivoci, sul piano comunitario ha contorni meno netti e tende a riferirsi al fatto che un servizio è offerto alla collettività, o gli è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico, o è riferito alla proprietà o allo *status* dell'ente che presta il servizio (7).

Così definito il servizio di interesse "economico" generale, il Libro verde vi riconduce i servizi per cui, sin dagli anni '80, la Comunità ha puntato alla graduale apertura dei mercati: le grandi industrie di rete delle telecomunicazioni, dei servizi postali, dell'elettricità, dei gas e dei trasporti, dei rifiuti, dell'approvvigionamento idrico, includendo quelli che rivestono un carattere di

servizio universale per i diritti dei consumatori e degli utenti, cioè la sanità e la sicurezza.

Una volta delineato il quadro di riferimento vengono descritti i servizi non economici e i servizi che non incidono sugli scambi come quelli che non sono soggetti a norme comunitarie specifiche né alle norme del Trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato.

Possiamo definire che i servizi sociali, culturali e sportivi non rientrano tra le fattispecie delineate in quanto, seppur destinati a soddisfare un'area omogenea di interessi, non rivestono i caratteri dei servizi primari ed essenziali per lo sviluppo e l'esistenza del mercato (e di converso della società complessa).

Questi servizi, tuttavia, sono 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 di non discriminazione.

Si dovranno – in ogni modo – rispettare i principi comunitari per gli affidamenti.

Preme osservare, a questo punto, che nei servizi di interesse economico la disciplina della concorrenza e della regolamentazione si presenta – a livello comunitario – stringente e puntuale, mentre in quelli privi di interesse economico si devono rispettare i principi generali (come già enunciato), non rivestendo un "interesse" prevalente per la tutela del libero mercato e non potendo condurre a uno squilibrio nell'azione comunitaria, che potrebbe, da ultimo, compromettere la credibilità del sistema generale.

La normativa comunitaria, in breve, lascia per questi ultimi servizi (quelli privi di interesse economico) alla discrezione degli Stati membri lo sviluppo di disposizioni istituzionali particolari relative alla singola disciplina, conferendo agli altri un *corpus* normativo specifico per settore per le differenti industrie di rete (quali quelle delle comunicazioni elettroniche, dei servizi postali, del gas e dell'elettricità e dei trasporti, che forniscono servizi di interesse economico generale, non è escluso la costituzione di ambiti ottimali): uno strumento generale per consolidare l'*acquis* comunitario basato su elementi comuni e per garantire così la coerenza complessiva degli approcci nei diversi ambiti dei servizi di interesse generale.

Viene ad acclararsi che la distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica è importante, in quanto questi ultimi servizi non sono soggetti alle stesse norme del Trattato, se non all'osservanza dei principi generali non derogabili.

Questo predominio utilitaristico e mercantile dell'ordinamento dei servizi a rilevanza economica differenzia

(7) La soggettività del servizio e la qualificazione di servizio pubblico è riconnessa alla sua destinazione non unicamente a favore di un determinato soggetto "si da soddisfare le esigenze organizzative e gestionali di quest'ultimo, e non a soddisfare esigenze di una collettività di utenti", giacché "tale ultimo requisito, invece, deve ritenersi essenziale per poter definire un servizio come servizio pubblico (Cass., ss.uu., n. 71/2000; Cons. Stato, n. 6325/2000; Cons. Stato, n. 2294/2002; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 1888/2002; T.A.R. Toscana n. 869/2002)", riconfermando che il carattere della socialità (*utilitas publicae*) si disperde verso un numero imprecisato di utenti, ma anche con lo scopo di soddisfare esigenze primarie: di interesse pubblico, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2004, n. 2842.

il carattere marcatamente economico del servizio pubblico affidato attraverso gara da quello che ne è privo e che viene affidato direttamente senza espletare (tendenzialmente) alcuna procedura di evidenza pubblica. Si distinguono così due separati modi di concepire il servizio pubblico, che si distinguono su quest'aspetto qualificatorio e regime giuridico: mentre per i servizi di rilevanza economica la regola è rappresentata dalla gara per l'affidamento del servizio e/o della gestione, per i servizi di rilevanza non economica la legge prevede l'affidamento diretto senza gara (deponendo per una loro più evidente socialità, in cui il rilievo economico appare più sfumato, quasi a scomparire – o meglio – a non prevalere) (8).

Una ulteriore distinzione che si annota viene fatta con riferimento, per esempio, alle disposizioni precettive (si direbbe *regolatrici* dei singoli aspetti gestionali e degli affidamenti), quali il principio di non discriminazione e il principio della libera circolazione delle persone, che valgono per l'accesso a tutti i tipi di servizi; mentre le norme sugli appalti pubblici si applicano ai beni, ai servizi o alle opere acquisite da enti pubblici nella prospettiva di fornire servizi sia di natura economica che non economica.

Tuttavia, la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato

(8) Cfr. A. CARULLO, *Servizi pubblici locali: dal vecchio al nuovo*, Bologna, 30 aprile 1999, ove si segnala, per un'altra distinzione dei servizi, che "nella Costituzione, l'unica norma che si riferiva alla categoria era l'art.43, per ammettere interventi diretti a trasferire, in capo a soggetti pubblici, la proprietà di imprese che si riferissero a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio, a carattere di preminente interesse generale. A partire da questa disposizione e sulla base degli altri valori enunciati nella Carta costituzionale afferenti al settore, si tentò di fornire definizioni che fossero il più possibili aderenti alla realtà. Quindi, e secondo una concezione soggettiva, pubblico è il servizio costituito da una attività la cui titolarità viene assunta dal soggetto pubblico, a seguito di una valutazione che conduca a ritenere detto servizio necessario per soddisfare esigenze primarie della collettività di riferimento. Esso infatti viene svolto attraverso l'esercizio di funzioni espressione e manifestazione di potestà pubbliche. Si è opposta una definizione che fa derivare la natura pubblica di un servizio dalla sua intrinseca capacità di soddisfare interessi della collettività. Viene in rilievo l'attività nella sua autonoma rilevanza, rispetto alla quale sussiste un interesse pubblico. L'insufficienza di ciascun criterio ha indotto a combinarli tra loro, così definendo i servizi pubblici attraverso una duplice connotazione, l'una, in negativo, quali attività di spettanza non necessaria dell'amministrazione rispetto alle quali non potesse costituirsi una posizione di supremazia, l'altra, in positivo, in quanto, soggettivamente od oggettivamente pubbliche, fossero comunque interessate da un condizionamento determinante dei pubblici poteri, per perseguire un interesse pubblico, attraverso l'erogazione ai privati di specifiche prestazioni".

si applicano soltanto alle attività economiche: ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica.

Pertanto i servizi economici e non economici possono coesistere all'interno dello stesso settore e talora possono essere forniti dallo stesso organismo, dovendo argomentare che l'aspetto economico dell'attività non è essenziale per definire il loro inquadramento, quanto piuttosto l'utente finale (in particolare, quelle che per loro natura sono intrinsecamente di pertinenza dello Stato: l'istruzione nazionale e i programmi obbligatori per la previdenza sociale di base e alcune attività di organismi che assolvono funzioni ampiamente sociali, che non sono destinate a impegnarsi in attività industriali o commerciali).

Inoltre, se da un lato può non esserci mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato *a monte* in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la loro fornitura, sicché per questi mercati valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di stato.

Da queste distinzioni il Libro verde conduce una riflessione operativa facendo confluire nei servizi privi di natura economica di interesse generale quelli connessi a prerogative dello Stato o a settori sensibili, quali la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali (compresi quelli di beneficenza, di volontariato e delle organizzazioni umanitarie) che, per altri versi, delineano il modello europeo di società, non escludendo da tale novero la posizione delle organizzazioni *non-profit* e delle organizzazioni che svolgono funzioni preminentemente sociali (che a livello nazionale presentano discipline speciali) (9).

(9) Una disciplina speciale riguarda i servizi sportivi con forme di convenzionamento diretto con le associazioni sportive in linea con l'articolo 35 della legge n.448/2000, orientamento confermato dalla norma introdotta dall'art. 90, comma 25, della legge finanziaria 2003 che prevede "nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari". In materia di servizi culturali, vedi il codice dei beni culturali e del paesaggio, approvato con decreto legislativo n.42 del 22 gennaio 2004 e successive modificazioni e integrazioni, si rinvia a M. LUCCA, *Forme di gestione beni culturali*, in "Comuni d'Italia", 2004, n. 5, pp. 44-48; in tema di servizi sociali, si rinvia al d.P.C.M. 30 marzo 2000, che all'articolo 3 parla di convenzione per la regolamentazione dei rapporti tra enti locali e terzo settore. Vedi, sul punto M. LUCCA, *I servizi pubblici dopo la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004 della Corte Costituzionale*, in www.halley.it, 16 agosto 2004.

Nella distinzione non giova l'inquadramento di servizio di "interesse generale" (riferito alla collettività) che deve fare riferimento a una serie di requisiti specifici (ulteriori) quali:

a) la continuità (il prestatore del servizio è tenuto a garantire la fornitura del servizio senza interruzione);

b) la qualità del servizio (basata sulla disciplina della sicurezza, la correttezza e la trasparenza della tariffazione, la copertura territoriale e la protezione dalla disconnessione, la pubblicazione di informazioni sugli stessi e sulle effettive prestazioni degli operatori);

c) l'accessibilità delle tariffe (che impone che il servizio sia offerto a un prezzo abbordabile per renderlo accessibile a tutti);

d) la tutela degli utenti e dei consumatori (tali principi includono la buona qualità del servizio, elevati livelli di protezione sanitaria e di sicurezza fisica dei servizi, la trasparenza, la scelta del servizio, la scelta del fornitore, l'effettiva concorrenza fra i fornitori, l'esistenza di organismi di regolamentazione, la disponibilità di meccanismi di ricorso, la rappresentanza e la partecipazione attiva di consumatori e utenti alla definizione e alla valutazione dei servizi e alla scelta delle modalità di pagamento);

e) la sicurezza (si intende quella specifica che previene eventuali attacchi terroristici contro la società);

f) la sicurezza degli approvvigionamenti (la garanzia di una fornitura continua e sostenibile dei servizi sul lungo periodo);

g) l'accesso alla rete e interconnettività (una maggiore scelta, una qualità più elevata e prezzi minori, una normativa comunitaria specifica per i settori liberalizzati a livello comunitario armonizza e regola l'accesso alle infrastrutture di rete);

h) il pluralismo dei mezzi di comunicazione di massa (il loro scopo è quello di tutelare la libertà di espressione e garantire che i mezzi di comunicazione di massa riflettano un ventaglio di opinioni e pareri).

Definiti i parametri, come sinteticamente enunciati, spetterà al singolo Stato membro inquadrare il servizio all'interno della categoria, e in mancanza di una normativa comunitaria specifica si dovranno definire (i singoli Stati) i requisiti relativi agli obblighi di servizio universale, quelli relativi alla copertura territoriale, i parametri di qualità e di sicurezza, i diritti degli utenti e dei consumatori o i requisiti ambientali.

In ogni caso il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza, con la conseguenza dell'impossibilità di decidere in modo di-

verso dalle indicazioni comunitarie.

Questo non avviene per i servizi privi di interesse-rilevanza economica.

I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi *in house*, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del Trattato.

Il Libro verde, comunque, precisa che gli affidamenti per la fornitura di un servizio di interesse generale a terzi deve rispettare taluni principi e regole per garantire condizioni eque a tutti i fornitori, pubblici o privati, potenzialmente in grado di fornire tale servizio, rispettando le discipline comunitarie se presenti, oppure (in assenza di una disciplina specifica) i principi che discendono direttamente dal Trattato e in particolare le disposizioni sulla libertà di fornire servizi e sulla libertà di stabilimento, evitando distorsione del mercato.

Il servizio pubblico privo di rilevanza economica è sempre più aperto all'esterno, ma pur sempre con una tendenziale proiezione alla sua natura funzione pubblica (o pubblicistica) del soggetto gestore, la gestione in *outsourcing* (o esternalizzata) avviene sempre sotto il controllo dell'ente locale, così come per gli affidamenti *in house* in cui il controllo è, comunque, totalmente pubblico per ribadire la connotazione sociale del servizio, ma anche per giustificare un sistema di affidamento diretto, privato da una reale concorrenzialità a sostegno di una dimensione solidaristica, giustificata da una nutrita produzione normativa depotenziata del carattere della competitività (gara) a favore del convenzionamento diretto con i soggetti *no profit* o senza scopo di lucro (le discipline speciali confermano questo dato fattuale) (10).

Le aziende speciali, le istituzioni, le associazioni tra comuni, le fondazioni, i convenzionamenti sono strumenti gestionali sotto il controllo diretto dell'ente locale e deputati (per legge) all'esercizio prioritario di servizi sociali, dei servizi culturali e del tempo libero, ma più in generale e secondo la normativa di settore queste forme di gestione, prive di una reale vocazione al profitto, sono individuate come strumenti per gestire i servizi pubblici privi di rilevanza economica, in sintonia con la massima espressione del governo dei servizi e del pluralismo partecipativo racchiusi nella definizione

(10) Cfr. G. PIPERATA, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali*, gli artt. 117 e 120, in www.aedon.mulino.it, 2008, n. 3; M. LUCCA, *Il paradosso degli affidamenti in house nei servizi pubblici locali, tra meccanismi di incompiuta liberalizzazione e incompatibilità comunitaria*, in www.lexItalia.it, 2004, n. 9.

acclarata di sussidiarietà: la sussidiarietà come metodo di organizzazione dei servizi privi di rilevanza economica, in cui il contesto solidaristico e non conflittuale prevale nella gestione economica del servizio, e all'interno del quale è offerta la possibilità di eseguire una prestazione rivolta alla collettività, in sostituzione del soggetto pubblico, riaffermando il primato del cittadino che liberamente si associa per gestire la *res pubblica* – il bene collettivo – con una prevalenza verso l'assistenza a particolari fasce di popolazione e senza aspirare all'utile necessario d'impresa.

Il servizio pubblico privo della rilevanza economica si avvicina considerevolmente a quella visione di sviluppo della *welfare society* che pervade tutta la normativa di settore (terzo), e che trova il suo fondamento e valore nell'articolo 2 della Costituzione, che riconosce alle formazioni sociali la possibilità e la capacità di rispondere, dal basso, ai bisogni della collettività (11).

Sussidiarietà (orizzontale) che giustifica la procedura negoziata (convenzionata) con la quale si affidano direttamente i servizi privi interesse economico, soprattutto per valorizzare la componente sociale del servizio, come nei casi assai frequenti dei servizi gestiti dal terzo settore, attraverso un convenzionamento con l'ente pubblico, e che hanno il merito di definire una nuova modalità di rapporto tra i diversi livelli di gestione del governo locale, riconoscendo un partenariato sociale forte, che guida il cambiamento delle modalità gestorie, rivendicando allo stesso tempo un ruolo di protagonista (con il pubblico) allo sviluppo territoriale, alla crescita collettiva e individuale, alla migliore gestione dei servizi pubblici (12).

(11) Vedi G. VITTADINI, *Sussidiarietà, federalismo, devolution. Nuove prospettive per l'Italia*, intervento all'Assemblea Nazionale della Compagnia delle Opere, Milano, 10 giugno 2000, che sintetizza, nel campo dei principi istituzionali e giuridici che regolano la vita sociale ed economica, il sistema misto integrato tra pubblico e privato, affermando che "in una prospettiva di concorrenzialità – da intendersi non come contrapposizione ma come compartecipazione delle due parti al bene comune – al cittadino deve essere riconosciuto il diritto di poter scegliere il soggetto presso il quale trovare la risposta più adeguata alla sua domanda (di salute, di assistenza, di educazione, di formazione, di lavoro, di cultura) [...] La sussidiarietà nasce dalla considerazione che la persona ha diritto a rispondere in proprio – più adeguatamente mediante la forma aggregativa e associativa – ai bisogni, se ne ha la capacità e la possibilità. Il principio di sussidiarietà, quindi, è lo strumento che permette di realizzare un sistema misto tra pubblico e privato, temperando la tendenza che, di fatto, induce il pubblico ad avere come obiettivo l'efficacia e il privato a ottimizzare le risorse in una logica di efficienza".

(12) Si tratta di un genere che coinvolge più settori sensibili,

Accanto a questa visione solidaristica, il legislatore ha inteso anche riproporre la distinzione (ampiamente citata) di origine comunitaria tra servizi d'interesse generale e i servizi d'interesse economico generale, già enunciati nella Comunicazione della Commissione sui servizi d'interesse generale in Europa del 19 settembre 1996, e ripresa successivamente nel Libro verde sui servizi di interesse generale, che fonda tale distinzione (fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica) sul fatto che ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato viene considerata un'attività economica, con la conseguente applicazione di una serie di comandi imposti dal Trattato (quelli privi di d'interesse economico sfuggono alla loro portata) (13).

quali la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali a cui si rinvia. Vedi, la Legge sul volontariato n. 266/91, quella sulle cooperative sociali n. 381/91 modificata dalla legge n. 52/1996, e la Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali n. 383/2000, solo per citarne alcune.

(13) Sul punto si rinvia a A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in www.aedon.mulino.it, 2002, n. 1, che in relazione a tale distinzione operata dalla Commissione Ue (ripresa COM/2000/0580 def) fondata sulla non applicazione, ai servizi privi d'interesse economico generale, dell'applicazione dell'articolo 86 del Trattato annota che "se però è facile individuare il regime applicabile alle due fattispecie, molto più problematico risulta distinguerle nel concreto. Si tratta infatti di applicare la nozione comunitaria d'impresa. I tentativi dottrinali o giurisprudenziali di ancorare la nozione comunitaria a parametri obiettivi (tali identificare una categoria generale e astratta) sono stati numerosi e non inferiori nei risultati alle note elaborazioni nazionali sulla nozione di economicità. Per limitarsi ad alcune ricostruzioni, vi è stato chi, valorizzando il formante giurisprudenziale, ha fatto riferimento all'idoneità dell'attività a essere condotta da privati e per uno scopo di lucro; altri, ulteriormente approfondendo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, hanno ritenuto che, mentre nell'attività economica l'offerta delle prestazioni deve essere dimensionata in base a criteri di tipo efficientistico, quali la propensione a pagare dei clienti e i costi sopportati per effettuarla, nelle attività non economiche le prestazioni sono allocate in base a criteri di merito o politici (mero criterio di cittadinanza, condizioni reddituali, ecc.). Dunque la fornitura di quei beni (servizi) che la letteratura economica definisce "meritori", o altrimenti pubblici, apparterebbe al dominio dell'amministrazione (e non dell'impresa). In realtà la ricerca del dato oggettivo a cui ancorare la distinzione non può che valere a posteriori. Rimane infatti ineliminabile il momento politico e discrezionale della scelta dei criteri allocativi a cui orientare l'offerta delle prestazioni. Analogamente nella ricostruzione del requisito imprenditoriale dell'economicità – al quale si è annessa la rilevanza obiettiva e, come si è detto, strutturale, della nostra nozione d'impresa – si è fatto costantemente rinvio al metodo economico, e cioè quel metodo di conduzione dell'attività che consente la remunerazione degli input produttivi (compreso il capitale investito) e all'impresa di

Gli affidamenti dei servizi, in questo quadro prospettico, avvengono con criteri di trasparenza, pubblicità ed evidenza pubblica, e distinguendosi ancora una volta nelle finalità (socialità) rispetto agli affidamenti diretti presenti per i servizi privi di rilevanza economica, gestibili attraverso modelli squisitamente pubblicistici e interiorizzati all'amministrazione (non ceduti o concessionati a terzi) (14).

La ricerca di una vera qualificazione giuridica dei servizi privi di rilevanza economica segna la volontà di lasciare all'interprete un ruolo di verificatore del caso concreto, in attesa di una riforma generale dei servizi, secondo un criterio di distinzione accertabile dal quale si diagnostica che ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica, in piena osservanza con quanto sostenuto dalla Commissione nel Libro verde Ue sui servizi di interesse generale, escludendo di riflesso quelli privi di tale interesse economico (15).

Nel complesso dell'analisi largo spazio è lasciato alle autorità indipendenti, alla normativa speciale di settore e a quella comunitaria facendo prodromi per una riforma ancora incompiuta dei servizi pubblici, nel tentativo di assecondare le spinte regionalistiche (e municipali), oltre a elevare la conflittualità per la perdita ampia di margini di mercato di assicurata redditività, o nic-

essere auto-sufficiente nel mercato. Anche qui però la scelta del metodo rimane esogena. E se si ammette che vi sia un soggetto che può liberamente scegliere il metodo (o il criterio) a cui orientare l'attività, ciò significa anche che l'occupazione di spazi produttivi che potrebbero essere aperti alla libertà d'impresa è in generale sottratta a qualsiasi sindacato di legittimità. Dunque, in conclusione, nella realtà dei fatti il momento politico della scelta rimane il dato esterno e insindacabile da cui normalmente si fanno partire le indagini di diritto positivo". Cfr. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato Ce*, in in Dir. Un. Eur., 1996, p. 719-740; G. PERICU, M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in "Trattato di diritto amministrativo europeo", diretto da Chiti e Greco, Milano, 1997, Parte speciale, II, pp. 792 ss.; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XIV, 1970, pp. 215 ss.

(14) Infatti, "la maggior parte di questi servizi è disciplinata con normative speciali che già prevalevano sul disposto dell'art. 113-bis del t.u.e.l. in virtù dell'inciso del comma 1 che appunto richiamava e faceva salve espressamente tali disposizioni e le singole discipline settoriali", T. TESSARO, *Miti e no: l'Ibra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in www.lexitalia.it, 2004, n. 7-8.

(15) Risulta evidente come, di conseguenza, la distinzione fra attività economiche e non economiche palesi un carattere dinamico ed evolutivo, tanto che negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica, A. BARBIERO, *Note per l'analisi sull'evoluzione del sistema normativo di riferimento per i servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

chie di potere istituzionale incapace di reggere il confronto e la concorrenza imposta dalla cultura dell'Ue (*rectius* sempre gara pubblica per gli affidamenti) (16), ma anche consapevole che la liberalizzazione punta a massimizzare il profitto a scapito della socialità dei servizi e dei principi di solidarietà (tipici in quelli privi di rilevanza economica ma non per questo privi di valore economico) un tempo messi nel crogiolo dei più alti valori delle *societas civis*.

(16) Per una sicura trasparenza del mercato si dovrebbe sostenere che in ogni affidamento, anche per quelli privi di valore-interesse economico, la concorsualità, alias concorrenza, dovrebbe essere la regola e non l'eccezione. Si rinvia a M. LUCCA, *Fasi negoziali per la scelta del contraente alla luce della consolidata giurisprudenza*, in "La Gazzetta degli enti locali", 12 gennaio 2009.

Gli “affidamenti sociali in deroga” alla disciplina generale

di Massimiliano Alesio

1. Introduzione

Un'analisi non superficiale della disciplina dei contratti pubblici degli ultimi anni, soprattutto in sede comunitaria, non può che prendere atto di un rilevante e inequivoco sviluppo: l'introduzione di una specifica normativa di supporto alle politiche attive del lavoro, con particolare riferimento alle persone svantaggiate. Si tratta di una precisa produzione normativa, incentrata su tre linee di intervento: il ruolo del terzo settore; gli inserimenti lavorativi di soggetti svantaggiati; i rapporti con la pubblica amministrazione, attraverso l'utilizzo di diversi e sofisticati strumenti, quali gli appalti riservati, le clausole sociali, i laboratori protetti, ecc. Siffatta produzione normativa, calata nel contesto nazionale, si è arricchita di valori di rango costituzionale, rappresentati, soprattutto, dall'uguaglianza sostanziale, di cui all'articolo 3 della vigente Carta costituzionale. In tal modo essa è stata indirizzata al perseguimento di un chiaro fine: l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate quale strumento di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana, nonché, elemento decisivo (!), l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori (in particolare quelli svantaggiati) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Dunque, il perseguimento di un chiaro indirizzo di valenza costituzionale (consentire l'inserimento lavorativo di particolari soggetti, al fine di permettere la loro attiva partecipazione alla *vita* del Paese), non poteva che produrre effetti sul versante della disciplina dei pubblici contratti. Da qui l'introduzione di peculiari istituti, la cui terminologia, di derivazione comunitaria, non poteva che generare difficoltà interpretative al momen-

to del loro inserimento nell'ordinamento nazionale. A tal riguardo, il codice dei contratti pubblici prevede una particolare, seppur disorganica, disciplina: a) possibilità di introdurre criteri di gara, ispirati a “esigenze sociali”, in posizione di prevalenza, rispetto al principio di economicità (art. 2, comma 2); b) appalti di “servizi particolari” (artt. 20 e 21, allegati II-A e II-B); c) appalti riservati (art. 52).

Lo scopo perseguito dal presente studio è quello di analizzare gli indicati istituti ed esaminare, in particolare, il loro unitario “effetto finale”: la creazione di modalità di affidamento di contratti pubblici, in deroga alla disciplina generale, quale quella caratterizzata dalla presenza predominante e imprescindibile del principio di concorrenza; quindi, una serie di peculiari istituti, disciplinanti affidamenti, i quali ontologicamente nascono, se non in totale contrapposizione, sicuramente in deroga al principio di libera concorrenza; infine affidamenti “sociali”, in quanto è indubbio il perseguimento di finalità sociali insite nei medesimi.

2. Il quadro normativo generale

Il complessivo *fenomeno*, sin qui anticipato nelle sue linee essenziali, trova la propria disciplina in una eterogenea pluralità di fonti normative.

In primo luogo la **legge 8 novembre 1991, n. 381**, disciplinante le “cooperative sociali”, cioè una specifica tipologia di impresa finalizzata all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Si tratta, come vedremo, di un modello emergente nei primi anni '80, che prende forma di impresa cooperativa senza scopo di lucro, caratterizzata da una precisa peculiarità. Oltre alle comuni finalità mutualistiche interne a favore dei soci, contempla una finalità di forte rilevanza “pubblica”, rappresentata dall’“interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cit-

tadini” (1), che trova espressione nel favorire l’accesso al lavoro delle fasce deboli. Tale compartecipazione all’esercizio di una “pubblica funzione”, in coerenza con il principio di sussidiarietà orizzontale definito dall’articolo 118 della Costituzione (2) e dalla legge n. 328/2000 (3), si esprime non solo e non tanto nell’offrire una risposta lavorativa permanente alla persona svantaggiata all’interno della cooperativa, quanto piuttosto nel favorire e realizzare la collocazione nel mercato del lavoro ordinario a conclusione di un percorso formativo-lavorativo, con i relativi risultati anche in termini di riduzione della spesa sociale.

A ulteriore conferma della “pubblica funzione sociale”, riconosciuta alla cooperazione sociale di inserimento lavorativo quale soggetto privilegiato nel sistema delle politiche attive del lavoro, militano altre disposizioni normative di vario genere – la legge n. 68/1999 (4), in particolare, gli articoli 11 e 12, e l’articolo 14 del decreto legislativo n. 276/2003 (5) – che mirano a favorire la realizzazione di percorsi di inserimento lavorativo di persone svantaggiate, incentivando l’attribuzione di commesse di lavoro alle cooperative sociali da parte delle imprese soggette alle norme sul collocamento obbligatorio.

A non breve distanza temporale vanno ricordate la **legge 13 giugno 2005, n. 118**, recante delega al Governo per la disciplina dell’impresa sociale, e il connesso **decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155**, che regola, appunto, l’impresa sociale quale forma giuridica evolutiva della preesistente cooperativa sociale.

Infine il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), contenente almeno quattro significative e importanti disposizioni in materia:

- a) il comma 2 dell’articolo 2, prevedente la possibilità di inserire nei bandi di gara “clausole ispirate a esigenze sociali”;
- b) gli articoli 20 e 21, relativi agli appalti di servizi, contemplati negli allegati II-A e II-B;
- c) l’articolo 52, in tema di “appalti riservati”.

(1) Articolo 1, comma 1, legge n. 381/1991.

(2) Come modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del titolo V della Costituzione.

(3) “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”.

(4) “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”.

(5) Articolo 14 (“Cooperative sociali e inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati”) del d.lgs. n. 276/2003, recante norme in materia di “Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30”. Si tratta del decreto legislativo attuativo delle legge delega n. 30/2003, “Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro”, la cosiddetta “legge Biagi”.

3. Le cooperative sociali e gli affidamenti convenzionati in deroga

L’istituto della cooperativa sociale, disciplinato con la legge n. 381/1991, ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico la sperimentazione di una nuova filosofia imprenditoriale: l’iniziativa privata con intenti altruistici, caratterizzata da connotati sociali, attraverso l’utilizzo dello schema cooperativo, connotato dal fine mutualistico in sostituzione o, comunque, condizionante la finalità lucrativa. Le cooperative sociali hanno, infatti, lo scopo di perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini (6), proiettando, in tal modo, il concetto di mutualità degli interessi dei singoli associati (c.d. “mutualità interna”), proprio dello strumento cooperativo, al di fuori della compagine sociale (cd. “mutualità esterna”).

Ai sensi dell’articolo 4 della legge n. 381/1991, almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa devono appartenere alla categoria delle “persone svantaggiate” e, compatibilmente con il loro stato soggettivo, devono inoltre essere socie della cooperativa medesima.

La cooperativa presenta, per sua natura, le caratteristiche di coniugare la forma giuridica di impresa (7) a una struttura diretta a favorire il perseguimento di finalità di interesse generale, quali l’integrazione nel mercato del lavoro delle persone a rischio di esclusione sociale e la creazione di una nuova occupazione nei servizi socio-educativi. Significativamente le cooperative sociali sono qualificate come “formazioni sociali intermedie”, in quanto i benefici derivanti dalle attività svolte sono rivolti a vantaggio dell’intero gruppo sociale e non finalizzati ai soli bisogni dei soci.

Secondo quanto espressamente previsto dall’articolo 1 della legge n. 381/1991, le cooperative sociali perseguono i loro fini (8) attraverso le seguenti attività:

- a) gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, quali, per esempio: centri diurni di aggregazione per ragazzi e per anziani, centri rieducativi per malati psichici, case alloggio, case famiglia, centri di accoglienza notturna, centri di ascolto, ludoteche, trasporto di persone disabili, strutture di assistenza domiciliare, ecc. (**cooperative sociali di tipo “a”**);
- b) svolgimento di attività diverse, nel settore commerciale, agricolo, industriale e artigianale, finalizzato all’inserimento dei soggetti svantaggiati, cioè di

(6) Articolo 1, legge n. 381/1991.

(7) Con un approccio ai problemi relativi alla produzione, organizzazione e gestione, orientata secondo criteri di efficienza.

(8) L’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini.

quelli rientranti in una di quelle categorie, elencate nell'articolo quattro della legge (9) (**cooperative sociali di tipo "b"**).

Sulla base delle indicate attività si distinguono le cooperative di "tipo a" e di "tipo b". Dunque, alla tipologia "A" appartengono le cooperative che svolgono attività di gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; alla tipologia "b" le cooperative che svolgono attività diverse (agricole, commerciali, ecc.). Da tale distinzione e dalle particolari agevolazioni previste per le cooperative di tipo "b", il Ministero del lavoro e della previdenza sociale aveva, in un primo momento, tratto la conclusione che le cooperative sociali non potessero operare in entrambi i campi ("a" e "b"), ma soltanto in uno di essi (10). Con successiva circolare n. 153 dell'8 novembre 1992, il medesimo ministero pervenne a precisare che poteva ritenersi superata ogni preclusione in ordine alla costituzione di **cooperative sociali a oggetto plurimo**, impegnate, cioè, in entrambe le indicate due tipologie generali di attività, atteso che numerosi progetti formulati dalle cooperative prevedevano proprio lo svolgimento coordinato di attività, di cui ai punti "a" e "b". Ciò anche in considerazione del fatto che diverse "aree di bisogno e di svantaggio" richiedono interventi funzionalmente collegati. Il Ministero ha, tuttavia, precisato che tale oggetto plurimo può sussistere a una precisa condizione: la tipologia di svantaggio e/o le aree di intervento esplicitamente indicate nell'oggetto sociale devono essere tali da postulare attività coordinate per l'efficace raggiungimento delle finalità attribuite alle cooperative sociali e l'organizzazione amministrativa di cooperative siffatte (a oggetto plurimo) deve consentire la separazione delle gestioni relative alle attività, rispettivamente di tipo "a" e "b" (11).

Occorre osservare che, per le cooperative di "tipo b", l'articolo 5 della legge n. 381/1991 ha creato un regime privilegiato e di favore per consentire loro di essere affidatarie di convenzioni con enti pubblici per la fornitura di beni e servizi. Tale disposizione normativa, nella sua originaria previsione, consentiva alle amministrazioni la stipula di convenzioni con le cooperative sociali, anche senza lo svolgimento di alcuna gara o procedura di evidenza pubblica, quale riconoscimento e corrispetti-

vo del ruolo sostanzialmente di ausilio pubblico svolto da esse. A seguito dei rilievi sollevati sul punto dalla commissione della Comunità europea, la norma è stata parzialmente modificata con l'articolo 20 della legge n. 52/1996 (legge comunitaria 1994). La nuova versione distingue, differenziandone la disciplina, le convenzioni di importo inferiore alla soglia comunitaria da quelle di importo pari o superiore.

Con riferimento alla prima tipologia, la normativa opera un ampliamento del novero dei soggetti legittimati a stipulare una convenzione. In primo luogo, per quanto concerne i soggetti aggiudicatori, affiancando agli enti pubblici in genere, anche quelli economici e le società di capitali a partecipazione pubblica. In secondo luogo, per quanto riguarda i soggetti concorrenti, prevedendo altri organismi analoghi alle cooperative di tipo "b", operanti nell'ambito degli altri Stati membri della Comunità europea.

L'articolo 5 della legge n. 381/1991 prevede la possibilità dell'affidamento delle convenzioni in materia di forniture di beni e servizi, a eccezione di quelli socio-sanitari ed educativi, anche in deroga alla normativa in materia di contratti della pubblici, ma subordina espressamente siffatta deroga alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, appartenenti a una delle particolari categorie, indicate nell'articolo 4.

Precisamente, in riferimento alle **forniture e servizi di importo pari o superiore alla soglia comunitaria**, l'articolo 5 attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di inserire, in sede di bando di gara, lettera di invito o capitolato speciale, una clausola che obblighi l'aggiudicatario a eseguire il contratto avvalendosi di "persone svantaggiate", con l'adozione di specifici programmi di recupero e di inserimento lavorativo.

Viceversa, come anticipato, per le **forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria** è possibile, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici, stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo "b", purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

Con il termine "**convenzione di inserimento lavorativo**" si intende descrivere il rapporto composito tra ente affidante e cooperativa sociale affidataria, nelle sue dimensioni di accordo di collaborazione, per l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, e di contratto di fornitura. La convenzione può essere definita, dunque, quale atto complesso nell'ambito degli accordi tra la pubblica amministrazione, in special modo gli enti locali, e privati imprenditori, che contiene o può contenere uno o più contratti e uno o più prov-

(9) Invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, soggetti in trattamento psichiatrico, tossicodipendenti, alcolisti, minori in età lavorativa e in situazione di difficoltà familiare, condannati ammessi a misure alternative alla detenzione.

(10) Circolare n. 116 del 9 ottobre 1992.

(11) Circolare n. 153 dell'8 novembre 1992.

vedimenti amministrativi (12). Come già in parte evidenziato, il legislatore, attraverso il richiamato articolo 5, ha previsto una fattispecie complessa, nella quale sono contenuti sia uno specifico contratto (di fornitura di beni o di servizi o affidamento di lavori) che una peculiare “condotta” di pubblico interesse, costituita dall’inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Al riguardo, occorre osservare che il rapporto tra pubblica amministrazione e cooperativa sociale di tipo “b” assume il significato di un rapporto complesso, non riconducibile a un semplice contratto di fornitura. La scelta dell’ente pubblico di avvalersi della facoltà di deroga si presenta come intimamente correlata a una valutazione di “convenienza” complessiva, sia relativa alla qualità dei servizi forniti, ma anche, e principalmente, ai risultati “sociali” (ma, anche economici, in termini di riduzione della spesa sociale), legati all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

La giurisprudenza, anche risalente, si è sempre preoccupata di perimetrare con precisione l’ambito applicativo dell’illustrata e peculiare normativa degli **affidamenti convenzionati in deroga**, evidenziandone la sola applicabilità al settore del “sotto soglia”:

- “Ai sensi dell’articolo 5, commi 1 e 2, legge n. 381/1991, è illegittima la determinazione di una stazione appaltante di riservare la partecipazione a una gara per l’affidamento del servizio di pulizia e custodia di un plesso scolastico, di importo superiore alla soglia comunitaria, alle sole cooperative sociali” (13);
- “Ai sensi dell’articolo 5, commi 1 e 4, della legge n. 381/91, è illegittima la determinazione di un comune di limitare alle sole cooperative sociali la partecipazione a una gara di importo superiore alla soglia comunitaria, per l’affidamento del servizio di assistenza domiciliare e presso la casa di riposo cittadina” (14).

In una recente e importante pronuncia (15) ha puntualmente ribadito la limitata portata della deroga, contenuta nell’articolo 5.

L’oggetto della fattispecie al vaglio del tribunale amministrativo del Lazio era la verifica della sussistenza, in capo alla stazione appaltante, della facoltà di derogare alle normali regole dell’evidenza pubblica, tenuto conto, sia del già richiamato articolo 5, sia del sopravvenuto codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). Il

(12) In tal senso: AA.Vv., *L’affidamento di servizi alle imprese sociali*, Edizioni Il Sole 24 Ore, 2003, p. 89.

(13) T.A.R. Marche, n. 521/2000.

(14) Cons. Stato, sez. V, n. 794/2003.

(15) T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093.

T.A.R. ha precisato che, anche nel caso il cui l’articolo 5 trovi applicazione, non è possibile ipotizzare una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale, in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l’individuazione di un operatore privato, cui affidare lo svolgimento di servizi pubblici. Infatti, ad avviso dei giudici, costituisce chiara elusione dei principi generali della trasparenza e dell’imparzialità il frazionamento dell’importo complessivo dell’appalto in più importi parziali, relativi alle prestazioni connesse al servizio, che si intende affidare in via diretta, in quanto, in tal modo, viene tolta qualunque vitalità al limite di importo stabilito nella norma richiamata, al fine dell’operatività dell’eccezione in essa contenuta. Il T.A.R. Lazio ha, pertanto, ribadito che è legittimo, da parte di una stazione appaltante, l’affidamento diretto della gestione di servizi pubblici, diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, a favore di una cooperativa sociale, ai sensi del combinato disposto degli articoli 5 della legge n. 381/1991 e 52 del codice, in presenza delle seguenti condizioni:

- a) l’importo complessivo dell’affidamento deve essere inferiore alle soglie comunitarie;
- b) la cooperativa deve essere iscritta all’albo regionale delle cooperative sociali;
- c) la cooperativa deve, nell’esercizio dell’attività oggetto dell’affidamento, impiegare “soggetti svantaggiati”, attraverso un preciso progetto di inserimento lavorativo;
- d) le persone svantaggiate devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa.

4. Le imprese sociali

Con il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, emanato in attuazione delle delega, conferita al Governo con la legge 13 giugno 2005, n. 118, è stata introdotta, nel nostro ordinamento giuridico, la figura dell’impresa sociale, come tale intendendosi, secondo l’ampia definizione, contenuta nell’articolo 1, ogni organizzazione privata (16) senza scopi di lucro, che esercita stabilmente un’“attività di produzione o di scambio di beni e di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale”.

Per quanto concerne la precisa individuazione delle imprese sociali, una recente pronuncia (17) fornisce preziosi chiarimenti in merito: “Il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, recante disciplina dell’impresa so-

(16) Ivi compresi gli enti, di cui al libro V del codice civile.

(17) Cons. Stato, sez. V, n. 1128/2009.

ziale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118, ha dato pratica attuazione alla nozione di impresa sociale, riconoscendo alla stessa la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica, organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e con particolari requisiti (indicati negli articoli 2, 3 e 4 del medesimo decreto legislativo). La capacità all'esercizio di attività economica organizzata nei settori dell'utilità sociale consente di fornire contenuti concreti a un concetto giuridico indeterminato (quello dell'utilità sociale) in ragione della peculiare evoluzione delle istituzioni sociali nell'attuale periodo storico. Uno dei settori di utilità sociale, rispetto ai quali l'esercizio professionale dell'attività da parte dell'impresa sociale è pienamente ammesso, è costituito, giusta quanto previsto dall'articolo 2, comma 1 lett. e), f) e g), del decreto legislativo n. 155 del 2006, dalla gestione in funzione di tutela dell'ambiente, dell'educazione e del turismo sociale. Non v'è dubbio che una organizzazione non lucrativa di utilità sociale vada iscritta tra le imprese sociali, come peraltro si deduce dal combinato disposto degli articoli 1 e 17 del decreto legislativo n. 155 del 2006".

Con il decreto legislativo n. 155/2006, viene eliminata qualsiasi limitazione, precedentemente previste nel codice civile, tra le formule organizzative utilizzabili per il conseguimento di finalità lucrative e quelle, per il perseguimento di finalità sociali.

Sulla base dell'indicata formula legislativa, vanno considerate, quali "imprese sociali":

- le associazioni riconosciute e non, fondazioni, comitati;
- le società, di persone o di capitali, le cooperative, i consorzi.

Le imprese sociali devono, comunque, mantenere finalità di interesse generale, che vengono favorite dal legislatore, sul piano civilistico, con la possibilità di potersi organizzare in qualsiasi forma di organizzazione privata e con qualsiasi tipo societario con la possibilità di formare anche un gruppo. L'importante è che questo tipo di impresa non abbia mai come fine ultimo o principale lo scopo di lucro. Non possono essere considerate imprese sociali le amministrazioni pubbliche o quelle che erogano servizi e beni solo in favore dei soci.

Per quanto concerne la responsabilità, le imprese sociali godono del privilegio di poter limitare alcuni aspetti delle responsabilità patrimoniali dei soci partecipanti, anche quando, per la forma societaria utilizzata, prevarebbe la responsabilità personale e illimitata di questi soggetti. Se l'impresa sociale è dotata di un patrimo-

nio netto di ventimila euro, al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, risponde delle obbligazioni assunte solo l'organizzazione con il suo patrimonio. Se il patrimonio diminuisce, in conseguenza di perdite, al di sotto di 1/3 dei ventimila euro, delle obbligazioni rispondono in solido tutti coloro che hanno agito per nome e per conto dell'impresa. Quindi, le agevolazioni poste dal legislatore sono valide solo per l'impresa sociale in condizioni di floridità finanziaria. Importante è da ricordare che, sul patrimonio di questo tipo di imprese, grava un vincolo di indisponibilità, in quanto non è mai possibile, nemmeno in caso di scioglimento, distribuire fondi o riserve a vantaggio di coloro che ne fanno parte, bensì l'intero patrimonio deve essere devoluto in favore di altre associazioni non lucrative indicate nello statuto. L'assenza dello scopo di lucro e dello smobilizzo del patrimonio è tenuta costante anche in caso di scissione, fusione o trasformazione dell'impresa sociale.

Bisogna precisare che le società commerciali devono inserire il vincolo di non distribuzione degli utili per diventare imprese sociali. Non possono essere considerate un'impresa sociale gli enti pubblici e quegli enti privati il cui scopo sociale vada a solo vantaggio dei soci e non della generalità dei cittadini.

L'impresa sociale deve soddisfare i seguenti requisiti:

- a) essere costituita con un atto pubblico;
- b) avere una struttura democratica;
- c) destinare utili e avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del patrimonio, e pertanto non distribuirli, neanche indirettamente;
- d) tenere libro giornale e inventario;
- e) redigere e depositare, presso il registro delle imprese, un documento, che rappresenti lo stato patrimoniale e finanziario dell'impresa;
- f) redigere il bilancio sociale;
- g) coinvolgere lavoratori e destinatari delle attività nella gestione;
- h) avere la maggioranza degli amministratori soci.

I settori di attività, in cui possono operare le imprese sociali, sono definite nell'articolo 2 del d.lgs. n. 155/2006, e sono le seguenti:

- assistenza sociale;
- assistenza sanitaria e socio sanitaria;
- educazione;
- istruzione;
- tutela ambientale;
- tutela dei beni culturali;
- formazione universitaria;
- formazione extra-scolastica;
- turismo sociale;
- servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti

composti in misura superiore al 70% da organizzazioni, che esercitano un'impresa sociale.

Possono, inoltre, diventare imprese sociali le organizzazioni che, indipendentemente dall'ambito di attività, svolgono attività di impresa per l'inserimento di lavoratori disabili e svantaggiati, se questi costituiscono almeno il 30% del personale.

5. Gli appalti riservati: cenni generali

L'articolo 52 del codice dei contratti pubblici si pone in linea di piena coerenza con le disposizioni normative sin qui illustrate, in materia di cooperative e imprese sociali, rispondendo, pur essa, a una specifica finalità: favorire l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, appartenente al cosiddetto "terzo settore". Al riguardo, occorre ricordare che il terzo settore costituisce quel complesso di istituzioni che, all'interno del sistema economico, si collocano tra lo Stato e il mercato, ma non sono riconducibili né all'uno né all'altro; sono, cioè, soggetti organizzativi di natura privata, ma volti alla produzione di beni e servizi a destinazione pubblica o collettiva (cooperative sociali, associazioni di promozione sociale, associazioni di volontariato, Ong, ecc.) (18).

L'articolo 52 attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di riservare, previa espressa menzione nel bando di gara, la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in favore di "laboratori protetti", nel rispetto della normativa vigente, oppure di riservare la sola esecuzione degli appalti medesimi, nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili non in grado di esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Il codice, pertanto, recependo analoghe figure, previste dalle direttive comunitarie in materia, individua e tipizza due differenti istituti: quello dei laboratori protetti e quello dei "programmi di lavoro protetti". Tali istituti, invero, non risultano affatto descritti dal codice, né trovano riscontro normativo in altra disposizione del nostro ordinamento. Di conseguenza, si palesa necessario delinearne il concetto.

(18) È opportuno ricordare che qualunque definizione si voglia sostenere, il fenomeno studiato non si presta ad essere ricondotto a semplici e definitivi schemi definitivi trattandosi di una realtà sociale, economica e culturale in continua evoluzione. La prima definizione di "terzo settore" si ritrova in Europa, a partire dalla metà degli anni '70; fu usata per la prima volta nel rapporto "Un progetto per l'Europa" in ambito comunitario nel 1978, assegnando al termine una posizione che lo separa concettualmente dallo Stato e dal mercato, favorendo l'equiparazione dei tre settori a livello di società complessiva.

In considerazione delle identità di *ratio* delle rispettive discipline, consistente nella finalità di assicurare una forma di accesso paritario al mercato, in favore di concorrenti "svantaggiati", che non presentano le medesime potenzialità e capacità di competizione degli altri, si ritiene certamente possibile un accostamento della nozione di laboratorio protetto proprio a quella di impresa sociale, la cui disciplina viene espressamente fatta salva dall'articolo 52.

Ed, invero, anche quest'ultima rappresenta l'applicazione concreta del principio generale di tutela delle categorie svantaggiate, in quanto connotata dalla finalità di agevolare l'accesso al lavoro di soggetti svantaggiati e disabili. In particolare la nozione di laboratorio protetto sembra individuare una categoria generale, di cui l'impresa sociale costituisce un'espressione tipica. Di più agevole interpretazione e comprensione, invece, risulta il concetto di programmi di lavoro protetto. Dalla lettura della norma appare, infatti, evidente che si intende far riferimento a formule organizzative, riferite a determinati appalti, che vengono affidati a imprese, che devono garantire l'impiego di una forza lavoro, costituita, in maggioranza, da lavoratori disabili.

Il legislatore del codice ha disciplinato due tipologie di appalto riservato.

Una prima tipologia di "riserva" è quella, con la quale le amministrazioni limitano, in sede di disciplinare di gara, ai soli laboratori protetti, nel cui ambito rientrano le imprese sociali, la partecipazione alle procedure di gara di determinati appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione della peculiarità dell'oggetto. In tal caso, le stazioni appaltanti sono ugualmente obbligate ad applicare la normativa in materia di evidenza pubblica. Al riguardo, risulta evidente la sostanziale differenza di disciplina, fra la normativa dettata dall'articolo 52 e quella delineata dall'illustrato articolo 5 della legge n. 381/1991. Infatti, per gli appalti e forniture sotto soglie, l'articolo 5, in riferimento alle cooperative sociali di tipo "b", consente di prescindere completamente dai principi dell'evidenza pubblica.

La seconda tipologia contempla, invece, una riserva espressa direttamente in favore dei lavoratori disabili, e non di una data categoria di impresa. Le amministrazioni, nel contesto di un programma di lavoro protetto, possono, infatti, riservare l'esecuzione di determinati appalti a imprese, che, a prescindere dall'essere o meno laboratori protetti, garantiscono, comunque, l'impiego di una forza lavoro, composta in maggioranza da lavoratori disabili.

6. Le “clausole ambientali e sociali” e la disciplina codicistica degli appalti sotto soglia - Allegato II-B

L'articolo 2, comma 2, del codice dei contratti pubblici stabilisce che il principio di economicità può essere subordinato ai criteri previsti nel bando e ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente, oltre che alla promozione dello sviluppo sostenibile. Ovviamente sempre “nei limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti”. Si tratta, come acutamente rilevato (19), di una disposizione normativa che introduce un temperamento all'assolutezza del principio di economicità, con l'obiettivo di costituire un punto di equilibrio tra diverse e contrapposte esigenze.

La disposizione normativa costituisce attuazione delle cosiddette “clausole ambientali e sociali”, previste dal 5° considerando della direttiva 2004/18 e dal 12° considerando della direttiva 2004/17. Entrambi i considerandi richiamano, a loro volta, l'articolo 6 del Trattato, in tema di esigenza di tutela dell'ambiente anche in sede di gara. Fra l'altro, le richiamate direttive (20) consentono l'utilizzazione di criteri diretti a soddisfare esigenze locali in relazione a bisogni definiti nelle specifiche dell'appalto, propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate, a cui appartengono i beneficiari-utilizzatori dei lavori, servizi o forniture, oggetto dell'appalto.

La disposizione si inserisce, quindi, nella più recente evoluzione del diritto comunitario, che trascende l'originaria ottica, squisitamente economica del mercato comune, per accedere a un approccio complementare rispetto a esigenze che concorrono, in pari misura, a garantire un equilibrato sviluppo economico e sociale. La possibilità di integrare “aspetti sociali” negli appalti pubblici è stata chiarita attraverso una comunicazione interpretativa della Commissione Ue del 15 ottobre 2001, facendo seguito ad altra comunicazione dell'11 marzo 1998. Per “esigenze sociali” ci si riferisce all'accrescimento del tenore di vita e alla promozione di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale quali obiettivi oramai divenuti più che rilevanti in sede di politica comunitaria. Pertanto, nell'espressione “aspetti sociali” rientrano le clausole preferenziali, tese al reinserimento di persone svantaggiate, nonché misure volte a combattere la disoccupazione e l'esclusio-

ne sociale. In questa prospettiva la Ce ha chiarito che le possibilità offerte per il conseguimento di obiettivi sociali, attraverso gli appalti, possono riguardare la definizione dell'oggetto dell'appalto: la scelta di prodotti o servizi che rispondano a esigenze sociali o destinati a categorie svantaggiate, oppure la possibilità di privilegiare determinate caratteristiche di prodotti, come per esempio quelle ecologiche). Ancora la selezione dei candidati: è da considerare la possibilità di inserire clausole preferenziali a favore di talune categorie di persone riconducibili a “fasce deboli”, oppure clausole di esclusione, a danno di imprese che si siano rese responsabili di violazioni della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

La disposizione è sicuramente importante, in quanto consentirà alle stazioni appaltanti di moderare l'impatto del principio di economicità, immanente nei criteri di gara (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa), potendo utilizzare anche parametri di diverso tenore. Tuttavia resta da comprendere, nel suo concreto significato applicativo, l'inciso prima indicato: “nei limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti”.

L'articolo 20, comma 1, del codice stabilisce che per gli appalti di servizi elencati nell'allegato II-B la disciplina codicistica si applica limitatamente alle prescrizioni afferenti alle specifiche tecniche (art. 68), agli avvisi di avvenuta aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari (art. 65) e speciali (art. 255).

Occorre segnalare che i servizi contenuti nell'allegato II-B sono servizi alberghieri e di ristorazione, di trasporto per ferrovia, di trasporto per via d'acqua, di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, servizi legali, di collocamento e reperimento di personale, di investigazione e di sicurezza, eccettuati quelli con furgoni blindati, servizi relativi all'istruzione, anche professionale, servizi sanitari e sociali, ricreativi, culturali, sportivi e altri.

Secondo autorevole dottrina (21), anche per gli indicati appalti trova applicazione la regola generale, prevista dall'articolo 27, secondo cui l'affidamento dei contratti pubblici, aventi come oggetto lavori, servizi forniture, esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

(19) BAREL B., *Riflessioni sull'evoluzione della giurisprudenza comunitaria*, Rimini, Maggioli Editore, 2007.

(20) 46° considerando della direttiva 2004/18 e 55° considerando della direttiva 2004/17.

(21) BALDI M., Art. 27 – *Principi relativi ai contratti esclusi*, in BALDI M., TOMEI R. (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 620.

Sulle clausole preferenziali delle imprese locali e sul rapporto tra il principio della concorrenza e gli appalti esclusi

di **Stefano Usai**

Il recente parere della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici del 10 dicembre 2008, n. 251 risulta di particolare interesse per la problematica affrontata relativa alla legittimità delle clausole preferenziali delle imprese locali inserite negli atti di gara e per le considerazioni svolte sul principio della concorrenza in relazione agli appalti esclusi dall'applicazione integrale del codice degli appalti.

1. Il quesito sottoposto all'Autorità di vigilanza

Una stazione appaltante marchigiana ha bandito una gara per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di alcuni servizi di assistenza in casa di riposo, residenza protetta, per il centro diurno e per l'assistenza domiciliare. Nella predisposizione del bando, l'amministrazione aggiudicatrice ha inserito tra i parametri oggetto di valutazione – sulla scorta di quanto previsto dalla legislazione della regione (1) – la circostanza che i partecipanti avessero partecipato ai tavoli di concertazione territoriali/locali, previsti in ossequio alla legge di riforma dei servizi sociali n. 328 del 2000. La ricorrenza di questa circostanza determinava l'attribuzione di 15 punti. Sul punto è stato sollecitato l'intervento della autorità da parte di un operatore partecipante alla gara che ha ritenuto la clausola illegittima perché finalizzata a favorire le imprese locali.

2. Il parere

L'Autorità di vigilanza ha, in modo senz'altro condivisibile, evidenziato l'illegittimità della citata clausola pre-

ferenziale siffatta in quanto direttamente lesiva dei principi della concorrenza e della *par condicio* tra operatori economici. Testualmente nel parere si è chiarito, in primo luogo, “che nel caso di specie il punteggio da assegnare alla partecipazione ai tavoli di concertazione non può considerarsi marginale, dal momento che è pari a 15 punti”, e quindi, ai fini dell'aggiudicazione, aveva un peso determinante; in secondo luogo l'Autorità ha precisato che il criterio è risultato “essere restrittivo, e quindi lesivo delle dinamiche concorrenziali”, in quanto può essere assegnato alla sola partecipazione al tavolo presso l'ambito territoriale nel quale è inserito il comune”. Con la conseguenza, sempre a detta dell'Autorità di vigilanza, che “la combinazione delle dette condizioni, in base alle quali il punteggio può essere attribuito, determina un vantaggio per le cooperative locali che risultano essere favorite, sia per l'ambito territoriale, sia per l'elevato punteggio che possono conseguire”. Nel prosieguo, ancora più efficacemente, si è sottolineato come sia “principio consolidato in giurisprudenza, che i criteri di valutazione dell'offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito”. Per effetto di quanto, il parere si conclude con l'affermazione dell'insanabile contrasto (e quindi della illegittimità) con i principi comunitari, in particolare il principio della concorrenza, della libera circolazione e della parità di trattamento, delle clausole che tendono a preferire le imprese locali in modo immotivato.

Si riporta, per una più chiara illustrazione delle argomentazioni che si intendono puntualizzare, il parere in argomento.

(1) In particolare il d.g.r. Marche n. 1133 del 5.8.2003.

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 251

del 10.12.2008

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie, ex art. 6, comma 7, lett. n), del decreto legislativo n. 163/2006, presentata dalla soc. coop. Alphabet – Servizio assistenza casa di riposo, residenza protetta, centro diurno ed assistenza domiciliare – Importo euro 1.070.625,20 – S.A. Istituzioni Riunite Opere Laiche Lauretane e Pia Casa Hermes.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 febbraio 2008 la casa di riposo per anziani Istituzioni Riunite Opere Laiche Lauretane e Pia Casa Hermes ha pubblicato il bando di gara, avente ad oggetto il "Servizio assistenza casa di riposo, residenza protetta, centro diurno ed assistenza domiciliare".

In data 7 marzo 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la soc. coop. Alphabet ha contestato il bando suddetto, in relazione a quanto previsto dall'art. 10 – rubricato "procedure di gara" – dove, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica progettuale, vi è la "partecipazione ai tavoli di concertazione a livello di ambito socio-locale-territoriale", cui è assegnato il punteggio di 15 punti sui 75 attribuibili all'offerta presentata. Tale criterio, secondo l'istante, favorisce esclusivamente le imprese locali e viola, pertanto, i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, nonché il diritto dei cittadini di esercitare la loro professione e lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la casa di riposo per anziani Istituzioni Riunite Opere Laiche Lauretane e Pia Casa Hermes, ha ritenuto legittimo il criterio di attribuzione del punteggio, sulla base dei seguenti motivi:

- i criteri di valutazione dell'offerta ed i relativi punteggi da attribuire agli stessi, indicati nel bando di gara in esame, tra cui anche quello contestato dalla soc. coop. Alphabet, sono mutuati dalla d.g.r. Marche n. 1133 del 5.8.2003 concernente l'approvazione del tariffario regionale e criteri per l'affidamento dei servizi alle cooperative sociali;
- il punteggio previsto per il criterio contestato non poteva, in ogni caso, in sede di valutazione dell'offerta, essere assegnato, poiché la partecipazione ai tavoli di concertazione locale era subordinato ad un regolamento d'ambito che non era ancora stato adottato.

Ha presentato memoria, altresì, anche la soc. coop. Il Faro – aggiudicataria della gara – la quale ha sostenuto che:

- l'istanza di parere presentata dalla soc. coop. Alphabet è inammissibile, poiché non è relativa ad una questione insorta durante lo svolgimento della procedura di gara, così come prescritto dall'art. 6, comma 7, lett. n.), del d.lgs. n. 163/2006;
- i servizi, oggetto dell'appalto, sono esclusi dall'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 a norma dell'art. 20, poiché compresi nell'all. II-B categoria 25 "servizi sanitari e sociali", e sono, viceversa, disciplinati dalla l.r. Marche n. 34/2001 e dalla d.g.r. n. 1133/2003, che indica il criterio contestato tra quelli di valutazione dell'offerta.

Inoltre, tale criterio, secondo la soc. coop. aggiudicataria, è da considerarsi ragionevole, giacché la partecipazione ai tavoli di concertazione comporta un incremento di conoscenze delle esigenze specifiche del territorio e non lede, in ogni caso, il principio di libera concorrenza, sia perché non viene indicato quale requisito di partecipazione, consentendo, pertanto, ad ogni cooperativa di concorrere, sia perché l'accesso ai tavoli di concertazione non è limitata alle sole cooperative locali.

Ritenuto in diritto

In via preliminare, per quanto attiene alla presunta inammissibilità dell'istanza di parere sollevata dalla soc. coop. Il Faro, si osserva che, nell'ambito delle "questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara", di cui all'art. 6, comma 7, lett. n), del d.lgs. n. 163/2006 ed all'art. 2 del Regolamento dell'Autorità sul procedimento per la soluzione delle controversie, rientrano anche quelle relative a contestazioni circa la legittimità di alcune previsioni del bando di gara, ove le stesse determinino l'impossibilità per un operatore economico di partecipare alla gara, ovvero si pongano in violazione dei principi e della normativa vigente di settore.

Venendo al merito della questione, si rileva come le clausole del bando di gara censurate nel presente procedimento, sono state adottate dalla stazione appaltante in applicazione di quanto previsto dalla delibera di g.r. Marche n. 1133/2003, adottata ai sensi dell'art. 5 della legge regionale Marche n. 34/2001 "Promozione e sviluppo della cooperazione sociale".

L'allegato A di detta delibera, rubricato "Modalità di affidamento dei servizi socio-sanitari, assistenziali ed educativi a coo-

(segue)

perative sociali di tipo A e loro consorzi” individua i criteri di valutazione dell’offerta, a cui devono attenersi le S.A. nell’affidamento alle cooperative di tipo A dei servizi socio-sanitari ed assistenziali, e tra questi indica anche quello relativo alla “partecipazione ai tavoli di concertazione a livello di ambito territoriale sociale”. Viene specificato nel citato allegato, che: “sono assegnati 15 punti alle cooperative sociali che partecipano costantemente ed attivamente alla concertazione di ambito e che dimostrano una adeguata conoscenza delle risorse sociali della comunità di riferimento, ciò in linea con quanto previsto dalla legge 328/2000 art. 1, commi 4 e 5, dal d.P.C.M. 30 marzo 2000 e dal Piano sociale regionale. La concertazione è uno degli strumenti individuati al fine di garantire che il complesso dei rapporti posti in essere abbia riferimenti specifici e certi rispetto ai livelli istituzionali”.

In recepimento della sopra citata indicazione fornita dalla regione, la stazione appaltante ha deciso di inserire un criterio preferenziale nella valutazione delle offerte in favore delle cooperative sociali che partecipano ai tavoli di concertazione a livello di singolo ambito territoriale attribuendo ad esso ben 15 punti. Sulla legittimità di tale criterio di attribuzione del punteggio è intervenuta una sentenza del T.A.R. Marche (del 19 luglio 2005, n. 931) che si è occupata di un caso simile dove, tuttavia il punteggio assegnato per la partecipazione ai tavoli di concertazione d’ambito era pari solo a 5 punti ed era, inoltre, del tutto slegato dal territorio locale, potendo essere riconosciuto per la partecipazione a qualsivoglia tavolo di concertazione, effettuato in altre zone della Regione Marche o, al limite, anche in altre regioni. In questo caso il giudice amministrativo ha ritenuto il criterio di aggiudicazione non lesivo della concorrenza in quanto, per un verso, irrilevante ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto, stante la sua marginalità, e per altro verso, avuto riguardo alla particolare natura dei servizi socio assistenziali oggetto dell’appalto, per i quali l’effettuazione delle relative prestazioni non può non tenere conto anche del contesto socio ambientale di riferimento.

Nella gara indetta dalle Istituzioni Riunite Opere Laiche Lauretane e Pia Casa Hermes il punteggio fissato è fino a 15 punti da assegnare alle cooperative che dimostrano una “esperienza maturata nell’ambito territoriale n. 13, nel quale è inserito il Comune di Loreto (Ambito presso il quale si svolge la gara)”. Pertanto, a differenza della questione esaminata dal T.A.R. Marche sopracitato, nel caso di specie il punteggio da assegnare alla partecipazione ai tavoli di concertazione non può considerarsi marginale, dal momento che è pari a 15 punti; inoltre lo stesso risulta essere restrittivo in quanto può essere assegnato alla sola partecipazione al tavolo presso l’ambito territoriale nel quale è inserito il Comune di Loreto. La combinazione delle dette condizioni, in base alle quali il punteggio può essere attribuito determina un vantaggio per le cooperative locali che risultano essere favorite, sia per l’ambito territoriale, sia per l’elevato punteggio che possono conseguire.

È principio consolidato in giurisprudenza, che i criteri di valutazione dell’offerta, così come i requisiti di partecipazione alla gara, che privilegiano direttamente o indirettamente le imprese locali, si pongono in violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e parità di trattamento, nonché di libera circolazione, salvo il limite della logicità e della ragionevolezza, ossia della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito.

Alla luce delle suesposte considerazioni, ne consegue, pertanto, che il criterio di attribuzione del punteggio in discussione non sembra essere motivato e proporzionato rispetto alla finalità da perseguire e, pertanto, si pone in contrasto con i principi comunitari.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che il bando di gara in esame non è conforme ai principi di non discriminazione e di concorrenza.

I Consiglieri Relatori
Piero Calandra
Alfredo Meocci

Il Presidente
Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22.12.2008

3. Le clausole preferenziali

Le clausole preferenziali possono riguardare tanto i requisiti di partecipazione quanto, come nel caso specifico esaminato dall’Autorità, i parametri di valutazione scelti nel sistema di aggiudicazione a “multicriteri”, e quindi dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Con le clausole del primo tipo, la stazione appaltante stabilisce tra i requisiti di partecipazione un “riferimento territoriale/locale” dell’operatore economico

e al suo possesso condiziona la partecipazione alla gara. È questo un caso affrontato anche da recenti interventi giurisprudenziali. In tema, per esempio, il tribunale amministrativo regionale della Sardegna (2), che ha preso in esame una clausola preferenziale che imponeva, come requisito di partecipazione alla gara, che

(2) In particolare con la sentenza n. 586 della sez. I, depositata in data 30 marzo 2007.

l'operatore si avvallesse di esperti con esperienza e attività maturata "nell'ambito della Regione Sardegna". L'attento tribunale isolano ha immediatamente evidenziato come "tale prescrizione si ponga in contrasto con la norma di cui all'art. 49 (ex 59) del Trattato Ce, che garantisce la libera prestazione dei servizi nell'ambito della comunità". Nel prosieguo ha inoltre precisato che "in base a un'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, il divieto di restrizioni discriminatorie di cui alla citata disposizione deve essere inteso in senso sostanziale e non meramente formale. Ciò implica che violano il divieto in parola non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza del prestatore del servizio. Il principio *de qua* viene altresì violato anche introducendo delle condizioni, dissimulate che, sebbene fondate su criteri in apparenza neutri, conducono, nella pratica applicazione, allo stesso risultato" (3). A completamento, inoltre, i giudici hanno puntualizzato che la violazione del "divieto di discriminazione" avveniva "senza alcuna plausibile ragione" avendo come unico inaccettabile effetto quello di agevolare "i prestatori di servizio localizzati in Sardegna o che, comunque, abbiano con essa uno stabile collegamento, essendo evidentemente facilitati gli operatori sardi nel reperire personale che abbia maturato esperienza lavorativa nell'isola". Una clausola di questo tipo, impedendo la stessa partecipazione alla gara, secondo un orientamento giurisprudenziale costante, esige l'immediata impugnazione. Il caso affrontato nel parere risulta di ricorrente esame in giurisprudenza, con esiti (almeno in primo grado spesso riformate) non sempre condivisibili. È questo il caso della pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 195 del 25 gennaio 2008. La pronuncia, riformando quella di primo grado (4), si è espressa su una clausola tendente a privilegiare le imprese locali con attribuzione di specifico punteggio per il fatto di essere radicate nel territorio. Anche in questo caso la clausola è stata ritenuta inaccettabile perché adottata "in spregio alla normativa comunitaria e nazionale che sancisce il principio della libera circolazione". L'aspetto non condivisibile di questa pronuncia è che, pur ritenendo la clausola illegittima, ha affermato – in replica alle censure mosse dalla ricorrente – che in ogni caso le clausole che si limitano ad attribuire un punteggio preferenziale alle imprese locali non impediscono la par-

tecipazione, ma incidono semplicemente nel momento dell'attribuzione del punteggio. Questa affermazione non può essere condivisa (5). Affermare che l'attribuzione di un punteggio preferenziale non determini restrizioni alla partecipazione alla gara, è affermazione vera solo teoricamente ma non praticamente. Sorge spontaneo chiedersi che interesse possa avere un operatore a partecipare a una gara se parte con un *handicap* di punteggio. Per la partecipazione a una gara non può valere la massima di *decoubertiana* memoria secondo cui "l'importante è partecipare". Partecipare a una competizione significa sostenere un costo rilevante, è sufficiente pensare alla circostanza in cui sia necessario presentare un'offerta tecnica-economica articolata (magari con disposizione di personale qualificato). Per quanto esposto sopra, ci sembra di poter sostenere che le clausole preferenziali delle imprese locali inibiscono sicuramente la partecipazione e incidono, violandoli, in particolare sui principi comunitari della concorrenza (perché inevitabilmente la condizionano), della *par condicio*, ma anche della imparzialità e proporzionalità.

4. Il rapporto tra il principio della concorrenza e i contratti esclusi

Il parere dell'*Autorithy*, come evidenziato sopra, nel respingere (affermandone l'incongruità) la clausola preferenziale ha espresso un ragionamento sicuramente condivisibile. L'attribuzione *mirata e agevolata* di un punteggio agli operatori locali (per il solo fatto di essere insediati *in loco*) è sicuramente illegittima sia – nel caso di specie – perché assolutamente priva di motivazione valida (a nulla può valere il fatto che sia una legge regionale a prevederlo), sia perché è sicuramente lesiva del canone della concorrenza. Un aspetto di particolare rilievo, su cui l'Autorità di vigilanza non si è soffermata e sul quale si vuole condurre l'attenzione, è che nel caso di specie ravvisare nella clausola preferenziale una violazione del principio di concorrenza avrebbe richiesto alcune ulteriori specificazioni. Nel caso in commento, l'aggiudicataria dell'appalto ha depositato specifica memoria *difensiva* in cui ha evidenziato che, considerato che "i servizi, oggetto dell'appalto, sono esclusi dall'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 a norma dell'art. 20, poiché compresi nell'all. II-B categoria 25 "servizi sanitari e sociali", il rilievo dell'istante dove-

(3) Al riguardo i giudici richiamano le pronunce della Corte giust. Ce, 3 febbraio 1982, in cause riunite C-62/81 e C-63/81, 5 dicembre 1989 in causa C-3/88 e 3 giugno 1992 in causa C-360/89.

(4) La pronuncia del T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 297/2004.

(5) Sul punto *amplius* USAI S., *Il problema delle clausole preferenziali delle imprese locali*, in "Appalti&contratti.it", 5 febbraio 2008.

va essere considerato senza pregio in quanto non troverebbero applicazione (integrale) le disposizioni del codice degli appalti ma la legge regionale. Questa specifica non è priva di rilevanza e si ritiene che sia meritevole di alcune riflessioni. I servizi riportati nell'allegato II-B (6) dell'articolo 20 (nel cui ambito rientravano i servizi oggetto dell'appalto *de quo*), noti anche come servizi sotto osservazione, si caratterizzano per non essere soggetti ad un principio di concorrenza "pieno". Rispetto a questi servizi, lo stesso legislatore comunitario (7) ha ritenuto non opportuna una totale apertura al mercato comunitario. Non a caso l'affidamento degli appalti in questione è soggetto all'applicazione solo di alcune norme del codice degli appalti (8), *beneficiando* gli stessi di una disciplina *minima* fissata dal legislatore che trova definizione nell'articolo 27 del codice degli appalti. L'articolo da ultimo citato, nel suo primo comma, precisa che "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto". Come si può facilmente constatare la norma non richiama il principio della concorrenza. Non solo, il secondo comma dell'articolo 27, nel fare un rinvio applicativo all'articolo 2 del codice degli appalti – norma che stabilisce i principi dell'affidamento e della esecuzione degli appalti – non richiama il primo comma di questo ma solamente i successivi. Per inciso, il primo comma dell'articolo 2 contiene il riferimento al principio della concorrenza. In sostanza, per l'affidamento dei contratti esclusi il legislatore non richiama – tra i principi di riferimento – il principio della concorrenza. Inoltre, si può affermare

che, come emerge dall'articolo 27, i contratti esclusi sono relativi ad appalti a concorrenza contingentata dallo stesso legislatore ("l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti"). Il mancato richiamo al principio della concorrenza ovviamente non può essere inteso nel senso della totale inoperabilità dello stesso in ambito dei contratti esclusi, ma semplicemente che il principio esige una calibratura e non deve essere concepito in senso *comunitario*, come invece deve accadere per gli altri appalti. In sostanza, e per intenderci, se per questi appalti lo stesso legislatore comunitario ha ritenuto non rilevante garantire/imporre un'apertura completa e quindi un principio di concorrenza *pieno*, questo principio nel caso specifico assume rilevanza secondaria. La rilevanza secondaria non significa che da esso si possa prescindere, ma che esige una applicazione calibrata o adattata alla specificità degli appalti in esame. Non a caso la norma prevede che l'invito a partecipare alla gara per l'affidamento di contratti esclusi debba coinvolgere almeno cinque operatori. Il legislatore, in sostanza, ha stabilito un minimo concorrenziale e ha contingentato e limitato l'operatività del principio della libera concorrenza.

5. Conclusioni

La considerazione sopra espressa evidenzia, quindi, che nel caso dei contratti esclusi una clausola di attribuzione di punteggio preferenziale pur illegittima non lo è, o non lo è soltanto, per violazione del principio della concorrenza, proprio per il carattere secondario di questo nell'affidamento della particolare categoria di contratti. In realtà nel caso di specie i principi violati sono primariamente quelli della *par condicio*, dell'imparzialità, della proporzionalità e solo in via secondaria il principio della concorrenza.

(6) Nell'allegato II-B sono ricompresi: i servizi alberghieri e di ristorazione, i servizi di trasporto per ferrovia, i servizi di trasporto per via d'acqua. I servizi di supporto e sussidiari per il settore dei trasporti, i servizi legali, i servizi di collocamento e reperimento di personale, i servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati, i servizi relativi all'istruzione, anche professionale, i servizi sanitari e sociali ed i servizi ricreativi, culturali e sportivi.

(7) In particolare nel 18° considerando della direttiva comunitaria 92/50 e nei considerando 18° e 19° della direttiva 18/2004.

(8) Il primo comma dell'articolo 20 stabilisce che "l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II-B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)".

Cooperazione sociale, regole e opportunità

di Luigi Oliveri

La disciplina speciale degli affidamenti alle cooperative sociali di tipo "b" sotto soglia è rimasta vigente, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti. Il ricorso alle cooperative è testualmente consentito dalla combinazione delle disposizioni contenute nell'articolo 2, comma 2, e dell'articolo 51, comma 1, del d.lgs. 163/2006. Il primo stabilisce che "Il principio di economicità può essere subordinato, **entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice**, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a **esigenze sociali**, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile". Il secondo fa espressamente salve le norme vigenti sulle cooperative sociali.

Non vi è alcun dubbio, pertanto, sulla perdurante possibilità di applicare la disciplina normativa attualmente vigente, da individuare nell'articolo 5 della legge 381/1991, il cui comma 1 dispone: "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'Iva sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1" (1).

(1) Nelle cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di

Il sistema normativo, per quanto composito, risulta coerente, perché:

- a) l'articolo 2, comma 2, del codice consente di sacrificare il principio dell'economicità (inteso, in questo caso, come mera ricerca del risparmio finanziario del costo degli appalti), entro i limiti in cui ciò sia consentito dal codice medesimo. La disposizione di cui all'articolo 51, comma 1, consente espressamente di avvalersi della cooperazione sociale e, dunque, il codice consente espressamente l'utilizzo di questo particolare sistema;
- b) il sacrificio dell'economicità può essere giustificato da esigenze sociali. La cooperazione sociale gode di un trattamento derogatorio rispetto alla regolamentazione ordinaria degli appalti, proprio perché favorisce l'inserimento lavorativo di categorie svantaggiate, concorrendo con la pubblica amministrazione nel perseguimento di obiettivi volti a rispondere a esigenze sociali;

l'articolo 5 della legge 381/1991 consente l'affidamento di forniture e servizi, anche in deroga alla disciplina ordinaria degli appalti.

I presupposti per procedere agli affidamenti alle cooperative sociali sono:

- 1) l'esigenza sociale: l'ente deve mostrare la consapevolezza della possibilità di favorire rimedi a situazione di disagio sociale, attraverso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate nella cooperazione sociale, in modo che il perseguimento dell'interesse pub-

difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli articoli 47, 47-bis, 47-ter e 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali, sentita la commissione centrale per le cooperative istituita dall'articolo 18 del citato decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni.

blico all'acquisizione di una prestazione contrattuale si abbini all'interesse pubblico equivalente a che tale prestazione sia svolta con opportunità di lavoro per tali soggetti svantaggiati; ovviamente, occorre verificare in particolare che lo svantaggio al quale la cooperativa da incaricare ponga rimedio sia direttamente connesso al territorio di riferimento dell'ente. In altre parole, occorre garantire che la cooperativa sociale assuma o abbia comunque tra i suoi dipendenti persone che risiedono o gravitano nell'ambito della competenza territoriale dell'ente interessato;

- 2) l'oggetto del contratto: il sistema derogatorio riguarda esclusivamente gli appalti di fornitura di beni o di prestazione di servizi. Sono esclusi, dunque, i lavori pubblici, per i quali il codice dei contratti non ammette deroghe;
- 3) la tipologia delle cooperative: sono solo quelle previste dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 381/1991;
- 4) la tipologia delle prestazioni: sono forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi;
- 5) l'importo: la deroga al sistema ordinario degli appalti è ammissibile solo se il valore del contratto sia inferiore alla soglia di rilievo comunitario;
- 6) la finalità: creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

Su alcuni dei presupposti visti sopra, si ritiene opportuno soffermarsi ulteriormente.

Tipologia delle cooperative

Cooperative affidatarie del sistema in deroga alle disposizioni codicistiche sono esclusivamente quelle che svolgono servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi e, dunque, di tipo agricolo, industriale, commerciale o di servizi, specificamente finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Le cooperative sociali di tipo "b", pertanto, si caratterizzano per l'oggetto dei servizi che rendono e per la peculiare loro finalità: l'inserimento lavorativo. In sostanza, oggetto principale del loro statuto non è solo la realizzazione delle attività imprenditoriali, ma, congiuntamente, l'offerta di opportunità lavorative per i soggetti svantaggiati, che infatti devono occupare un'aliquota di lavoratori dipendenti non inferiore al 30 per cento del totale.

Occorre tenere presente che le cooperative sociali di tipo "b" sono tali anche in quanto risultino iscritte nell'apposita sezione dei registri regionali che così le identificano, in applicazione dell'articolo 9 della legge 381/1991.

Tipologia delle prestazioni

Il sistema derogatorio si applica alle forniture e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi. Il problema, dunque, consiste nell'individuazione di quali prestazioni rientrano tra quelle di carattere socio-sanitario ed educativo, in assenza, purtroppo e come spesso accade, di una elencazione normativa.

In termini generali, si può ritenere che non rientrino nel sistema derogatorio previsto dall'articolo 5 della legge 381/1991 servizi come i seguenti:

- asili nido,
- scuole materne;
- campi scuola,
- case famiglia per minori;
- ospedali di comunità;
- centri Alzheimer;
- residenze sanitarie assistenziali;
- residenze protette;
- case famiglia;
- centri diurni;
- centri di riabilitazione;
- assistenza domiciliare integrata;
- assistenza domiciliare riabilitativa;
- residenze psichiatriche;
- case famiglia psichiatriche;
- centri diurni psichiatrici;
- attività educative, di animazione, di riabilitazione;
- attività educative e di sostegno scolastico.

Questi servizi sono svolti dalle cooperative di tipo "a", per le quali non è operante la disciplina del combinato disposto degli articoli 2 e 52 del d.lgs. 163/2006 e dell'articolo 5 della legge 381/1991.

È da sottolineare che molte leggi regionali, nell'esercizio della potestà prevista dall'articolo 9 della legge 381/1991, hanno esteso anche alle cooperative di tipo "a" il sistema degli affidamenti diretti. Si tratta di scelte discutibili, di più che dubbia legittimità costituzionale, dal momento che la disciplina degli appalti sfugge alla competenza delle leggi regionali, come più volte ha accertato la Corte costituzionale (2).

Importo

L'articolo 52 del d.lgs. 163/2006, si è ripetuto più volte, mantiene ferme le norme vigenti sulle cooperative sociali e, in particolare, dell'articolo 5, comma 1, della legge 381/1991.

(2) Da ultimo, in modo tranciante, persino nei riguardi una regione ad autonomia speciale come la Sardegna: sentenza 17 dicembre 2008, n. 411.

La disposizione è chiarissima e, peraltro, ha il pregio di contenere un rinvio *dinamico* alla normativa contrattuale pubblica di derivazione comunitaria. La possibilità, dunque, dell'affidamento diretto in convenzione a cooperative sociali è ristretta solo ed esclusivamente ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Qualsiasi atto, anche di carattere di norma di legge regionale, ancor di più se la fonte fosse un atto amministrativo, come una direttiva di consiglio o giunta regionale, nella parte in cui affermasse la possibilità di applicare la deroga sugli affidamenti anche a prestazioni sopra soglia, deve considerarsi illegittimo ed essere senz'altro disapplicato.

A maggior ragione sarebbe inficiata da illegittimità per violazione di legge qualsiasi procedura di affidamento diretto sopra soglia, derivante da determinate di affidamento diretto per importi sopra soglia.

Finalità

Il sistema derogatorio previsto dalla normativa è giustificato esclusivamente dalla finalità sociale di agevolare l'inserimento lavorativo di soggetti altrimenti a rischio di esclusione dal mercato del lavoro, che per la loro debolezza sociale (dovuta al reddito, ai precedenti trascorsi e alle condizioni di vita) difficilmente troverebbero occupazione in modo ordinario.

Occorre chiarire, tuttavia, che ferma restando tale finalità, non ogni appalto a cooperative sociali deve necessariamente prevedere l'inserimento lavorativo di nuove persone svantaggiate. In altre parole, non è obbligatorio che dall'affidamento della prestazione consegua direttamente un'assunzione da parte della cooperativa sociale.

Lo scopo dell'articolo 5 della legge 381/1991 è fare sì che i committenti pubblici siano coinvolti direttamente in un processo di esternalizzazione delle attività verso le cooperative sociali, allo scopo di consentire loro di mantenere quel fatturato necessario, per proseguire rapporti di lavoro con i soggetti svantaggiati che fanno parte della loro compagine lavorativa.

Dunque, l'affidamento diretto di forniture e servizi può avere:

- a) conseguenze conservative: permette, cioè, alla cooperativa sociale di avere quel fatturato necessario per la permanenza nel mercato, con la conservazione di effetti positivi sui rapporti lavorativi con i propri lavoratori appartenenti alle categorie svantaggiate;
- b) conseguenze sullo sviluppo: permette, in taluni casi, alle cooperative di allargare il proprio fatturato e la propria capacità operativa, anche allo scopo, dunque, di ulteriori e nuove assunzioni.

Il primo intento è sempre necessario ed è automaticamente connesso al meccanismo derogatorio previsto dalla norma.

Nel caso, invece, che l'affidamento dell'appalto sia subordinato a ulteriori e nuove assunzioni, occorre che questo sia specificato negli atti negoziali. Ovviamente, tuttavia, occorre che l'ente pubblico committente faccia, anche in collaborazione con le cooperative sociali, un'attenta analisi del piano dei conti, in modo che la nuova e ulteriore assunzione richiesta a seguito dell'affidamento dell'appalto sia sostenibile sul piano economico, da parte della cooperativa affidataria.

In ogni caso, l'intento del legislatore è fare sì che le cooperative sociali mantengano quote di mercato e fatturato, tali da permettere il mantenimento dei rapporti di lavoro con le categorie svantaggiate di lavoratori.

Naturalmente l'ente conferente deve poter correlare la funzione sociale della cooperativa con i fabbisogni sociali del proprio territorio. Avrebbe poco senso, per un comune, affidare un appalto a una cooperativa sociale che nel proprio organico di dipendenti non avesse nemmeno un lavoratore residente o familiare di residenti nel territorio del comune. Infatti la ricaduta sociale non può che essere utile alla collettività amministrata, non essendo sufficiente evidenziare l'utilità sociale che in astratto il legislatore riconnette al sistema derogatorio della legge 381/1991.

Nella sostanza il sistema degli affidamenti alla cooperazione sociale, in quanto opera in deroga alle regole generali del codice dei contratti, è assimilabile a quello degli appalti esclusi ai sensi degli articoli 20, 27 e dell'allegato II-B.

Per quanto, comunque, la legge 381/1991 consenta espressamente l'affidamento anche diretto, non si può fare a meno di considerare operanti i principi generali previsti dal codice dei contratti, che recepiscono, peraltro, le disposizioni del Trattato Ue.

Indubbiamente le amministrazioni, quando optano per il sistema derogatorio, devono tenere in particolare considerazione i valori della solidarietà sociale delle cooperative quale ragione alla base dell'affidamento: è per questo che il legislatore nazionale, con la legge 381/1991, ha inteso proprio dare evidenza a questi fini, nel porre in capo agli enti appaltanti la possibilità di scegliere il sistema di affidamento previsto dall'articolo 5 di detta legge (come attuato dalla legislazione regionale), al posto delle modalità ordinarie, oggi disciplinate nel codice dei contratti.

Tuttavia non è possibile ritenere che la facoltà di escutere le cooperative sociali abbia di per sé prevalenza, rispetto alla possibilità di attivare gare d'appalto ordinarie.

È corretto sostenere esattamente il contrario. In diretta applicazione dei principi comunitari, è il ricorso al mercato, mediante procedure di gara, a essere privilegiato, senza che allo scopo occorra alcuna particolare motivazione. La quale, invece, necessita proprio quando gli enti appaltanti stabiliscano di avvalersi di sistemi derogatori, quali quello previsto dall'articolo 5 della legge 381/1991. Infatti, in questo caso i principi di apertura della concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento sono sacrificati e possono passare in secondo piano, in considerazione di una prevalenza dell'utilità sociale della cooperazione, che attraverso le commesse pubbliche riesce a garantire prospettive di lavoro e di inserimento nella società a fasce deboli della popolazione.

Occorre, allora, individuare concretamente questi benefici e, sulla base di ciò, motivare il ricorso alla cooperazione sociale.

Non a caso, la deroga al ricorso al mercato, con privilegio della cooperazione sociale, è ammessa solo sotto soglia e non sopra soglia.

Modalità selettive

Nonostante la normativa consenta gli affidamenti diretti, non si può ignorare che comunque le già viste regole di tutela del mercato di derivazione comunitaria restano l'*humus* nel quale occorre operare.

Dunque, come occorre motivare la scelta di ricorrere alla cooperazione sociale, non è possibile dare per scontato che sia sempre automatica la modalità dell'affidamento diretto.

Occorre tenere conto, infatti, di elementi come l'interesse del mercato per lo svolgimento del servizio, interesse che risulta direttamente proporzionale al valore dell'importo e all'interesse transfrontaliero. Quanto maggiore è il valore del contratto o, comunque, la *tensione* concorrenziale sulla specifica prestazione, tanto maggiore è la necessità che sia assicurato comunque un confronto concorrenziale. Eventualmente riservato a cooperative sociali. In giurisprudenza (3) si è ammesso che "Se al fine di promuovere e agevolare l'attività delle cooperative sociali, anche se solo di quelle della «lettera b)», si giunge a consentire alle p.a. di derogare, per la scelta del soggetto cui affidare i servizi pubblici, allo strumento della gara pubblica, a maggior ragione si deve ritenere possibile limitare la partecipazione a dette gare alle sole cooperative, essendo queste costituite allo scopo di perseguire l'interes-

se collettivo alla predisposizione di interventi di sostegno in favore dei soggetti più bisognosi. In questo senso è dunque possibile, anche in deroga alla normativa comunitaria e interna in tema di parità tra i prestatori di servizi, che, al fine di agevolare le cooperative sociali aventi lo scopo di tutelare l'interesse dei cittadini in situazioni di bisogno, l'amministrazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, determini preventivamente una limitazione delle categorie di soggetti da invitare a una procedura concorsuale".

In quanto alle regole operative per la gestione delle eventuali procedure di gara, essendo direttamente connesse con la salvaguardia dei principi di concorrenza di derivazione europea, non possono che trovare nel d.lgs. 163/2006 la fonte primaria. È, dunque, nell'articolo 81 del codice dei contratti che si deve rinvenire la disciplina dei criteri di gara. Il comma 1 di tale norma dispone l'assoluta equivalenza tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; il comma 2, a rafforzamento di tale principio di totale equivalenza, precisa che "le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta".

Pertanto, ai fini della scelta del criterio, non può che lasciarsi alla discrezionalità dell'amministrazione procedente la valutazione dell'adeguatezza di un criterio rispetto all'altro. Risulta evidente, allora, che se si privilegia la progettualità rispetto al prezzo, sarà più adeguata l'offerta economicamente più vantaggiosa. Se, tuttavia, il servizio possa essere reso in base a *standard* operativi certi e fissi, la progettualità va del tutto in secondo piano e l'offerta al ribasso è perfettamente legittima e ammissibile.

L'indiretta conferma di quanto asserito è fornita dalla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 23 gennaio 2008, n. 2, "Indicazioni operative sugli appalti riservati - Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.". L'*Authority* afferma che le amministrazioni, nell'attivare gli appalti riservati previsti dall'articolo 52 del d.lgs. 163/2006, che costituiscono una specie particolare del genere degli affidamenti di ordine speciale attribuibili al di fuori del mercato, possono "specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa)". Pertanto, si ammette espressamente che nel campo degli appalti riservati, quello nel quale le de-

(3) T.A.R. Basilicata, sez. I, 29 novembre 2003, n. 1022.

roghe alle regole degli appalti possono essere le maggiori, non vi è alcun obbligo di procedere col solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potendosi sempre procedere anche con il criterio del massimo ribasso.

Non si può concordare con tesi che ritengono sussistente l'obbligatorietà del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che discenderebbe:

- a) dall'articolo 2, comma 2, del d.lgs. 163/2006;
- b) dall'articolo 5 della legge 328/2000, così come specificato nel d.P.C.M. 30 marzo 2001.

L'articolo 2, comma 2, nel prevedere che il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, non si riferisce sicuramente al criterio di gara. Il comma 2, in altre parole, non afferma che il criterio di gara deve

privilegiare gli elementi di qualità rispetto all'elemento del prezzo. Il principio di economicità non ha nulla a che vedere con le modalità di formulazione dell'offerta. Al contrario riguarda le modalità di produzione del servizio, del bene o del lavoro, che, se rivolte a ottenere una particolare garanzia per un bene della vita, quale per esempio la tutela della salute, possono essere impostate in modo da porre in essere una produzione fuori *standard*, con mezzi magari più onerosi, il cui maggior costo economico viene compensato dai maggiori benefici sociali.

Per quanto concerne l'articolo 5 della legge 328 e il regolamento di attuazione, d.P.C.M. 30 marzo 2001, si deve rilevare come si tratti di disposizioni ormai risalenti nel tempo, il cui coordinamento con la disciplina dei contratti di derivazione comunitaria appare estremamente dubbio. Anzi, occorre propendere per la tesi dell'implicita abrogazione di tali disposizioni, data la loro incompatibilità col nuovo sistema normativo.

I servizi sociali

di Michela Brasigliani

La legge n. 328/2000 – “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali” – e la riforma del titolo V della Costituzione, introdotta dalla legge costituzionale n. 3/2001, hanno posto in capo allo Stato la potestà esclusiva anche nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e la definizione dei principi fondamentali in materia nazionale.

Le stesse norme hanno sottratto la disciplina dei servizi sociali alla potestà statale per affidarla alle regioni e agli enti locali, cui ha dato la titolarità delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale e il loro concorrere alla programmazione regionale. Il legislatore costituzionale ha posto con grande chiarezza in capo allo Stato anche la responsabilità di assicurare a tutti i cittadini il diritto alla “salute”, mediante un forte sistema di garanzie, attraverso i Livelli essenziali di assistenza: nello stesso tempo ha affidato alle regioni la responsabilità diretta della realizzazione del governo e della spesa per il raggiungimento degli obiettivi di “salute” del Paese.

Alla base di queste scelte vi è il “principio di sussidiarietà” costituzionale, che vede la necessità di porre le decisioni il più possibile vicino al luogo in cui nasce il bisogno, quindi al cittadino e alla comunità locale. Non esiste più un solo attore istituzionale, ma numerosi soggetti di governo, posti in un sistema sussidia-

rio sia in termini verticali che orizzontali, che esprimono diverse e differenti matrici di responsabilità. La l. 328/2000, in materia di pianificazione sociale, definisce il piano di zona come lo strumento primario di attuazione della rete dei servizi sociali e dell'integrazione socio-sanitaria; il piano di zona, che dà attuazione al principio di sussidiarietà esplicitato nella modifica del titolo V e ampiamente citato nel t.u. enti locali (d.lgs. 267/2000), assume un ruolo fondamentale, per dare risposte ai problemi delle persone e delle comunità locali, in quanto strumento condiviso per individuare i bisogni prioritari, le strategie di prevenzione, le risorse disponibili, i soggetti istituzionali e comunitari interessati, i risultati attesi, gli standard di funzionamento e di efficacia, le responsabilità gestionali, le forme di controllo, le modalità di verifica, le condizioni di valutazione sociale dei risultati.

Va notato che, ai sensi dell'art. 128 d.lgs. n. 112/1998, per “servizi sociali” si intendono “tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia”.

Le cooperative sociali: sistemi di affidamento

di Paola Minetti

1. Cosa distingue una “cooperativa sociale”

L'articolo si prefigge di fare un breve *excursus* storico sul soggetto “cooperativa sociale”, dalla nascita alla regolamentazione del suo rapporto con la pubblica amministrazione, seguendone l'evoluzione fino alla sua attuale connotazione e natura giuridica, per dare ragione del fatto che la cooperativa sociale è un interlocutore privilegiato della p.a. nella fornitura dei servizi sociali.

Storicamente il fenomeno delle cooperative nasce nella seconda metà dell'Ottocento in Gran Bretagna con lo scopo di ottenere delle migliori condizioni di vita e di scambio per i soggetti che non fossero imprenditori e che non godessero dei privilegi di quella classe. Le difficoltà di sopravvivenza, infatti, per la classe operaia che aveva urbanizzato le città erano assai gravi.

Infatti occorre tenere presente che le garanzie a tutela dei lavoratori, prima, e dei clienti, successivamente, sono una conquista del Novecento, in cui è progressivamente cresciuta la sensibilità verso la tutela dei propri diritti.

La cooperativa nacque con lo scopo di contrastare le inique condizioni di scambio del protocalcapitalismo, di tutelare gli interessi collettivi di coloro che ne facevano parte, di orientare l'impresa verso il soddisfacimento dei bisogni degli aderenti e non verso la massimizzazione del profitto (1).

Attualmente i criteri per distinguere – o, meglio, dare identità – alle cooperative sono sanciti dalla “Dichiarazione di identità cooperativa” approvata dal Congress-

so dell'Alleanza cooperativa internazionale di Manchester del 1995, e sono:

- 1) *adesione libera e volontaria dei soci*: il fine è quello di garantire il mantenimento dello scopo mutualistico, per cui chiunque voglia e abbia intenzione di soddisfarlo deve godere dei medesimi diritti degli altri aderenti ed entrare in cooperativa alle stesse condizioni; si tratta del cosiddetto “principio della porta aperta”;
- 2) *controllo democratico da parte dei soci*: si riconduce al principio democratico di un voto per testa, secondo cui a ogni socio è attribuito identico potere; a questo va unito il principio della responsabilità degli amministratori verso i soci;
- 3) *partecipazione economica dei soci*: il funzionamento delle regole riguardanti il capitale è ciò che contraddistingue la società cooperativa dalle altre società di capitali, in quanto non è attraverso di esso che si distinguono per importanza i soci (come si è detto per il principio sopra descritto), il capitale è equamente distribuito tra i soci e ognuno deve partecipare secondo le proprie capacità e i bisogni della società. Le risorse diventano proprietà comune e sono indivisibili tra i soci. I benefici prodotti dall'attività imprenditoriale possono essere distribuiti tra i soci per la regola del ristorno, cioè in rapporto al conferimento di attività lavorativa o di prodotti all'interno della società, ossia in funzione dell'attività mutualistica realizzata. Il ristorno è il conferimento ai soci di una parte del profitto realizzato dalla società cooperativa.
- 4) *autonomia e indipendenza*: la cooperativa è una struttura privata di cui i soci debbono potere determinare il funzionamento senza condizionamenti esterni, nemmeno da parte dei cosiddetti “soci finanziatori”;
- 5) *educazione-formazione-informazione*: è necessaria una continua informazione per la diffusione dei principi cooperativi ai nuovi soci aderenti e alla collettività;

(1) I principi su cui si basavano i “probi pionieri di Rochdale” nel 1844 erano il fondamento dell'attuale cooperazione ed erano di stampo solidaristico, a favore dei soci che dovevano difendersi da un mercato cui non erano ancora stati applicati dei correttivi e che era piuttosto vessatorio nei confronti delle persone più povere.

- 6) *cooperazione tra cooperative*: il principio solidaristico si estende anche alla collaborazione tra cooperative, e questo può assumere anche un connotato imprenditoriale; in Italia esiste la figura dei consorzi tra cooperative;
- 7) *interesse verso la comunità*: la cooperativa nasce per dare risposta ai problemi sociali dei ceti deboli.

2. In Italia

La nascita delle cooperative sociali nel nostro Paese è di poco posteriore al mondo anglosassone e la prima legislazione sulla materia è contenuta nel codice di commercio del 1882, cui seguirono la legge n. 422 del 1909 e il relativo regolamento di attuazione con r.d. n. 278 del 1911, che prevede sia le regole di funzionamento, il fine mutualistico e, soprattutto, le agevolazioni in materia di accesso alle gare di appalto (2).

Il principio della porta aperta e della distribuzione dei ristorni si ritrova in queste norme, così pure il principio dei controlli pubblici.

Il codice di commercio confluisce nel codice civile quando questo venne rifatto nel 1942 (libro V), e alle società cooperative venne dedicato l'articolo 2516, con una definizione sulla falsariga delle società per azioni.

Il principio costituzionale di riconoscimento della cooperazione è contenuto nell'articolo 45 che ne afferma la funzione sociale e demanda alla legge le forme di promozione più adeguata per assicurarne lo sviluppo. Il legislatore provvide con il decreto legislativo n. 1577 del 1947 (cosiddetta "legge Basevi") e con la legge n. 59 del 1992, che introduce la possibilità di nuovi strumenti di finanziamento per garantire la mutualità esterna.

La novità è l'apertura delle porte anche alla partecipazione di soci che non partecipino allo scambio mutualistico, integrando le finalità mutualistiche con finalità di tipo più strettamente lucrativo e avvicinando la figura delle società cooperative alle società con scopo di lucro, visto l'ingresso di soci finanziatori.

La seconda novità introdotta dalla legge 59/1992 prevede dei fondi mutualistici per la promozione cooperativa; si tratta della mutualità esterna.

La finalità solidaristica, oltre essere rivolta verso l'interno della cooperativa (i soci), coinvolge gli stessi rapporti tra cooperative all'interno del sistema stesso.

Non è spiegato, in alcuna normativa, cosa si intenda per "scopo mutualistico", ma la dottrina è intervenuta cercando di spiegarlo come sostegno e aiuto ai soci che siano partecipi della cooperativa stessa. La finalità

che le ha viste nascere, infatti, è proprio quella di aiuto e sostegno reciproco.

La particolarità delle cooperative, pertanto, rispetto ad altri soggetti del terzo settore che, lo ricordiamo, è connotato con una definizione residuale in negativo, ossia è formato da tutti i soggetti che operano senza fini di lucro e non sono né pubblica amministrazione né imprenditori, è quella di non discostarsi, per la natura e la formazione, dalle altre imprese sociali.

Ciò che contraddistingue, infatti, i soggetti della cooperazione dagli altri imprenditori è l'assenza del fine di lucro, ma per gli altri profili, organizzativi, manageriali, comunicativi, ecc., le stesse sono riconducibili al fenomeno di impresa, ma "sociale".

Questa particolare natura fa di essi soggetti che diventano interlocutori privilegiati per la pubblica amministrazione nell'erogazione dei servizi di tipo sociale o, comunque, non economicamente rilevanti (a tariffa predisposta dagli enti locali e non soggetta a variazioni di mercato) (3).

(3) Il discorso della tariffa potrebbe portare ad aprire una lunga parentesi sulla differenza tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica e quelli di rilevanza non economica, che il legislatore sta (opportunitamente) abbandonando, data la difficoltà di individuazione ontologica delle differenze. Secondo una parte della dottrina una fondamentale differenza è rappresentata dalla tariffa con cui *si ripagano* i servizi forniti: per i primi, di rilevanza economica, i fruitori pagano direttamente la tariffa al concessionario affidatario della gestione del servizio; per gli altri la tariffa, prefissata dal consiglio comunale con un tetto massimo di spesa, è pagata all'ente, e, di solito, non copre il costo del servizio medesimo.

Questa differenza evidenziata non consente però di affermare che i servizi sociali, solitamente annoverati tra quelli di rilevanza non economica, e, per convenzione, inseriti nell'allegato B del codice dei contratti che elenca i contratti esclusi, siano del tutto privi di rilevanza economica.

Si può dire che la loro esclusione dalla rilevanza economica è frutto della redazione delle normative europee per cui non è prevista, per tali servizi, l'applicazione piena e totale delle disposizioni codicistiche sulla concorrenza, per il reperimento del soggetto gestore. Questa particolare disciplina, tuttavia, non comprova l'inesistenza di una rilevanza economica, ma prova solo che esiste una convenzione per cui i servizi sociali godono di un particolare *status* per cui la normativa del codice dei contratti può non essere applicata, nel procedimento di selezione del soggetto gestore, data la particolarità del servizio stesso.

In un quadro normativo complesso non va dimenticato che, in Italia, la competenza a legiferare sulle modalità di affidamento del servizio sociale al soggetto privato, del terzo settore, è una materia di competenza concorrente, per cui affidata alle regioni, perché non riguarda la materia della concorrenza.

Ne è una riprova il fatto che l'attuazione dell'articolo 5 della legge 328/2000, legge quadro sui servizi sociali, demanda alle regioni, ancora prima dell'entrata in vigore della legge cost. 3/2001, il compito di indicare le direttive e le modalità di sele-

(2) V. P. MINETTI, *Il rapporto tra gli enti locali e gli organismi no profit*, Rimini, Maggioli Editore, 2005, II ed.

Ciò ha trasformato l'essenza delle cooperative da società di aiuto e solidarietà sociale a soggetti che si sono potenziati in modo tale da poter rimanere sul mercato, in modo concorrenziale.

Rimane fermo, comunque, il divieto di redistribuzione degli utili ai soci, baluardo distintivo delle cooperative rispetto alle imprese.

Infine, la normativa istitutiva delle onlus (soggetti che sono, per diritto o natura, non lucrativi di utilità sociale – questo è, infatti, il contenuto dell'acronimo), cioè il decreto legislativo n. 467/1997, dispone che fiscalmente le cooperative sociali siano, di diritto, soggetti senza finalità di lucro.

Tale disposizione permette loro di ottenere sgravi fiscali e disposizioni di favore per reinvestire gli utili nelle attività.

Da quanto abbiamo detto discende che le cooperative sono soggetti che non agiscono a scopo di lucro; sono, tuttavia, soggetti di impresa perché organizzati in modo da sopportare il rischio imprenditoriale, il che fa di esse entità di natura diversa sia dai soggetti imprenditori che dagli organismi di diritto pubblico.

Dopo l'inquadramento storico-giuridico del soggetto "cooperativa sociale", occorre esaminare, in concreto, la normativa italiana per capire il motivo di favore che autorizza la p.a. a prescindere dall'applicazione delle disposizioni dettate in materia di concorrenza di mercato nel rapporto con il privato *no profit*.

La legge 8 novembre 1991, n. 381 disciplina le "cooperative sociali", che si caratterizzano per lo scopo del reinserimento lavorativo di persone in condizioni di svantaggio, come portatori di handicap, *ex detenuti*, ecc. (art. 4).

Anche questa normativa contiene norme di principio, destinate a essere implementate dalle normative regionali di attuazione. Le regioni, in particolare, sono chiamate a istituire un apposito albo delle cooperative sociali operanti nel loro territorio (4).

zione dei soggetti del terzo settore per la gestione dei servizi. Si tratta di norme dedicate, norme *ad hoc*, che chiamano in causa direttamente gli enti territoriali con competenza legislativa per definire quali siano i parametri di selezione del soggetto privato che erogherà i servizi ai cittadini che ne abbiano bisogno.

La separazione della competenza, tra lo Stato e le regioni, a disciplinare gli affidamenti di tali servizi, è stata anche oggetto di una vertenza definita dalla Corte costituzionale nel 2004, con la sentenza n. 272, in cui si dichiarava incostituzionale la parte dell'articolo 113-*bis*, del d.lgs. 267/2000 che regolava in maniera troppo precisa e analitica la modalità di affidamento, entrando nella sfera di potestà legislativa regionale esclusiva.

(4) Per dare un riferimento concreto, è opportuno segnalare della copiosa giurisprudenza in materia la recentissima sen-

La registrazione è condizione indispensabile per l'accesso alle agevolazioni previste dalla legge. Infatti, le finalità di pubblico interesse connesse alla cooperazione sociale hanno indotto il legislatore a prevedere una serie di agevolazioni.

Ricordiamo che l'articolo 1 della legge 381/1991 stabilisce che la finalità della cooperativa sociale è di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini.

Un compito simile è quello che viene dato all'ente locale dal testo unico degli enti locali (approvato con d.lgs 267/2000), ovvero quello di rappresentare la comunità dei cittadini e di coloro che vivono sul territorio, di curarne gli interessi e lo sviluppo sociale ed economico (5).

Si tratta di definizioni generali, d'accordo, ma molto simili tra loro, tanto che si può dire che il perseguimento di scopi sia comune e gli intenti predefiniti dal legislatore delineino una via comune per la promozione della società civile, con particolare riferimento a quella governata localmente.

Le attività di promozione della comunità sono effettuate attraverso l'erogazione di servizi che siano destinati a sollevare dal bisogno e a garantire un livello qualitativo di vita generale a tutta la popolazione ivi residente.

Le attività gestite dalla cooperativa sociale e promosse dal comune sono i servizi socio-sanitari e socio-educativi e le attività finalizzate all'inserimento di persone svantaggiate (per le cooperative, articolo 1 della l. 381/1991).

Gli interventi destinati a sollevare dal bisogno (ai sensi dell'articolo 128 del d.lgs 112/1998) sono, invece, propri dell'ente locale, ma le modalità di erogazione coinvolgono i soggetti del c.d. "privato sociale" in maniera sussidiaria e diretta, come prevede anche la nostra Costituzione (articolo 118, comma 4).

Come si può vedere l'intersezione di compiti e finalità è alta, notevole e continua.

Ma le modalità di gestione dei servizi passano attraverso la scelta, da parte dell'ente locale titolare delle fun-

tenza del Consiglio di Stato n. 558 del 2 febbraio 2009, che sostiene l'esclusione da una gara di una cooperativa che non dimostri di essere iscritta all'Albo regionale delle cooperative sociali, richiesto dalla normativa di gara e imposto agli enti, per sottoscrivere il contratto, quale requisito di partecipazione.

(5) Sul ruolo dei comuni nell'erogazione dei servizi sociali, v. A. SANTUARI, *Il ruolo dei comuni nell'erogazione dei servizi sociali: rapporto con le organizzazioni non profit e funzioni degli enti strumentali*, in "Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione", a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Ba-chelet".

zioni amministrative di rilevanza sociale, del contraente privato cui affidare la gestione stessa.

Lo strumento dell'affidamento è regolato dal codice dei contratti, e, per i servizi sociali, da alcune leggi speciali che sopperiscono alla possibilità di evitare l'applicazione delle norme del codice (come lo stesso prevede).

Non soggiace a tale normativa la disposizione dell'articolo 5 della l. 381/1991 ricordata, secondo cui gli enti pubblici e le società pubbliche possono stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici, convenzioni con le cooperative sociali (di tipo "b") per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, per i quali il legislatore europeo ha voluto una diversificazione, introdotta con la legge del 1996 che ha modificato la legge 381 appena citata (6).

La deroga è possibile per contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, pari a 211.000 euro, purché l'intento sia di inserire persone svantaggiate nel mondo del lavoro.

Il legislatore ha riconosciuto che questa tipologia di cooperativa, per le finalità sociali cui è informata, non è in grado di mettersi in concorrenza con ditte aventi l'esclusivo scopo di massimizzare i profitti e ha inteso, quindi, creare un segmento di mercato chiuso.

Le finalità di pubblico interesse della cooperazione sociale giustificano l'operazione: a norma dell'art. 41, comma 2, della Costituzione, ben possono essere posti limiti alla libertà di iniziativa economica laddove sia necessario per fini di utilità sociale o per salvaguardare la libertà o la dignità delle persone.

La legge nazionale n. 381/1991 favorisce lo sviluppo delle cooperative, in un'ottica di valorizzazione del settore visto come bilanciamento al mercato.

Le condizioni di *favor* sono state riviste dalla legge n. 5 del 1996, che ha modificato la precedente, escludendo che le cooperative che prestassero servizi socio-educativi e socio-assistenziali fossero esonerate dall'applicazione delle disposizioni dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente, ma lasciando che l'esone operasse per gli altri tipi di servizi (7).

(6) Sulla possibilità di affidamento alla cooperativa sociale di tipo "b", si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza 23 giugno 2005, n. 643: si definisce il carattere dell'inserimento lavorativo nelle cooperative di tipo "b" non come una mera appendice dell'organizzazione aziendale, si afferma che il rapporto tra i soggetti svantaggiati e gli altri soci deve essere valutato in concreto, che non esistono parametri matematici per definire l'idoneità della cooperativa secondo il numero dei lavoratori svantaggiati inseriti.

(7) Sul principio di concorrenza effettiva come principio e canone di buona amministrazione, si veda Cons. Stato, sez. VI,

L'orientamento di *favor* è rimasto invariato anche a seguito dell'entrata in vigore del codice degli appalti pubblici, che comprende i servizi sociali nel novero degli appalti esclusi (parte II), in coerenza con le pregresse normative.

Tuttavia, il fatto che le società cooperative siano interlocutori privilegiati non basta a giustificare l'esone dalle disposizioni a tutela della modalità di scelta del contraente privato, da parte del comune.

Questa finalità peculiare è stata il motivo per cui lo stesso codice (dei contratti) esclude la propria applicabilità a una serie di contratti stipulati tra il privato sociale e la pubblica amministrazione, in particolare nei seguenti articoli:

1) *articolo 20* (contratti esclusi): stabilisce che siano esclusi dall'applicazione codicistica una serie di contratti indicati nell'allegato B del codice stesso; non si tratta di una novità assoluta, in quanto il legislatore comunitario e quello italiano riprendono quanto già stabilito dalla direttiva sulle aggiudicazioni dei servizi (già introdotta nell'ordinamento interno con d.lgs. 157/1995); l'allegato fa riferimento ai contratti per la gestione dei servizi sociali, sportivi e culturali, e socio-educativi;

2) *articolo 27*: lascia l'individuazione del soggetto contraente alla p.a. che detterà una propria disciplina, con il rispetto dei principi di economicità, trasparenza, efficacia, imparzialità e proporzionalità, e un invito rivolto ad almeno cinque concorrenti. Si tratta della classica trattativa privata previa gara ufficiosa. Per la p.a. stabilire quali siano i concorrenti da invitare diventa un punto nodale al quale occorre dare un particolare risalto, visto che si tratta di determinare in proprio (con un atto dirigenziale) le modalità di gara che si intendono seguire. Nello stesso atto si dovrà specificare quali saranno le procedure seguite e valutare anche se non si debba procedere con un sistema diverso da quello della aggiudicazione. Infatti si potrebbe utilizzare un'altra norma, poco conosciuta, di attuazione dell'articolo 5 della legge 328/2000 (legge quadro sui servizi sociali) che è fonte del d.P.C.M. del 30.3.2001, di cui si parla nel presente lavoro (si veda il punto seguente) e che dà indicazioni e direttive alle regioni e ai comuni per relazionarsi con i soggetti del terzo settore per l'affidamento dei servizi sociali;

3) *articolo 5 della l. 328/2000* (legge di principio sui servizi sociali): prevede una delega al Governo per i principi di attuazione per la gestione dei servizi sociali; il decreto fu emanato come d.P.C.M. 30 marzo 2001. Esso prevede

sentenza n. 4688 del 2000, nel senso di garantire un minimo di concorsualità con il principio della evidenza pubblica.

la possibilità di co-progettare un servizio, permettendo agli enti locali e ai soggetti del privato sociale di organizzare un servizio e gestirlo senza utilizzare i procedimenti di selezione e di gara. Gli scopi sono quelli di favorire forme di co-progettazione, promosse dalle amministrazioni pubbliche interessate, che coinvolgono attivamente i soggetti del terzo settore per l'individuazione di progetti sperimentali e innovativi al fine di affrontare specifiche problematiche sociali, di definire adeguati processi di consultazione con i soggetti del terzo settore e con i loro organismi rappresentativi riconosciuti come parte sociale; in particolare l'articolo 7 prevede istruttorie pubbliche per la co-progettazione sperimentale e interventi innovativi in collaborazione coi comuni;

4) *articolo 52*: è possibile stipulare contratti, quando vi è un particolare oggetto, la cui esecuzione è riservata a laboratori protetti o a programmi di lavoro protetti se la maggioranza dei lavori è formata da disabili che non potrebbero esercitare una attività di lavoro normale, in ragione del loro *handicap*;

5) *articolo 57*: prevede la stipulazione di un contratto senza bando nei casi espressamente previsti dall'articolo medesimo (si tratta dell'*ex* articolo 7 del già ricordato d.lgs. 157/1995);

6) *articolo 125*: disciplina la fornitura di beni e servizi in economia; va ricordato, tuttavia, che questa metodologia non è consigliabile per l'affidamento dei servizi sociali che, essendo destinati alle persone in stato di disagio o di bisogno sociale, hanno una prevalenza dell'elemento personale su quello economico nella valutazione del soggetto gestore, che viene limitata nel procedimento in economia, improntato sulla negoziazione diretta e sulla responsabilità del soggetto agente. Al contrario il soggetto "imprenditore" con cui si stipula un contratto di appalto (seppure di servizi) garantisce l'esecuzione dello stesso "chiavi in mano", fornendo la propria competenza, l'organizzazione del servizio, la professionalità e assumendo, su di sé, il rischio di impresa.

3. Sussidiarietà

La regolamentazione della soggettività giuridica è una questione complessa perché gli ordinamenti nazionali dei Paesi aderenti alla Comunità hanno normative differenti tra loro, difficili da armonizzare.

Nel rapporto tra pubblico e privato, quando il primo è erogatore di un servizio e il secondo è il soggetto che, materialmente, è chiamato a fornire il servizio *pubblico* inteso in senso ampio (nel caso di questo lavoro si parla di servizi in cui la connotazione sociale superi quella economica) come una *longa manus* della pubblica amministrazione, è necessario, da un lato, garantire che il

soggetto erogante sia una persona fisica o giuridica e, dall'altro, che abbia l'idoneità soggettiva a essere concorrente di una gara.

I soggetti che possono concludere dei contratti con la p.a. sono quelli che abbiano personalità giuridica o qualifica di imprenditore; qualora manchino entrambe le qualifiche il soggetto non dà garanzie sufficienti per garantire lo svolgimento del servizio.

Ecco che si torna all'inciso sopra evidenziato, in cui si dice che il fatto d'essere un soggetto d'impresa comporta, per le cooperative, la possibilità di partecipare alle gare e di essere interlocutori che garantiscono lo svolgimento del servizio con le caratteristiche tecniche ed economiche sufficienti richieste (affidabilità di impresa, solvibilità, imputazione degli effetti del contratto, responsabilità fondata su una autonomia patrimoniale perfetta).

Il connubio tra soggetto del terzo settore e qualità di imprenditore fa delle cooperative sociali un interlocutore perfetto per la p.a. nel reperimento del gestore dei servizi di tipo sociale, socio-educativo e simili.

Altri soggetti del terzo settore non sono in grado di garantire le medesime qualità fondamentali per la selezione di gara; per questo motivo non possono essere chiamati a partecipare a procedimenti di selezione con offerta economicamente più vantaggiosa (si veda il volontariato, per esempio, che per la sua natura di soggetto che eroga prestazioni spontanee, libere e gratuite, non ha i connotati per i procedimenti a evidenza pubblica (8)).

Questo è il motivo per cui non si può considerare *in toto* il terzo settore come un interlocutore della p.a. in fase di affidamento dei servizi sociali, ma bisogna distinguere, soggettivamente, quali soggetti ne siano parte e, tra questi, quali abbiano le caratteristiche per la gestione del servizio.

Nel terzo settore esistono tipologie di soggetti con natura giuridica differente tra loro, anche in maniera profonda. La connotazione di soggetto del terzo settore, infatti, non è sufficiente a orientare la p.a. nella scelta di un contraente, ma è utile per comprendere quali sono le norme da utilizzare nella disciplina del rapporto.

Nel caso in cui si debba affidare un servizio (gestione ed erogazione dello stesso) per cercare l'interlocutore *giusto* sul mercato, esterno alla p.a., è necessario comprendere quali siano le esigenze dei cittadini da soddisfare.

Solo sulla base di questa risposta si può impostare una razionale e corretta ricerca. Se occorrono una organizzazione costante, con caratteristiche uniformi e predeter-

(8) La giurisprudenza amministrativa è costante in questo indirizzo.

minate, e garanzia di continuità, affidabilità, anche economica, professionalità e gestione del rischio, è necessario un soggetto che sia in grado di assicurare tutto questo con una organizzazione di impresa, pur rimanendo fuori dal mercato concorrenziale, basato sul profitto.

L'unico soggetto che risponda a entrambi i requisiti (mancanza di profitto distribuito e organizzazione di impresa), solo apparentemente antitetici, è la cooperativa sociale che diventa, pertanto, il soggetto ideale per la pubblica amministrazione.

Il modo con cui va eseguita la ricerca per garantire la qualità del servizio già *promessa* ai cittadini, con uno standard di riferimento e valutata con i metodi della *customer* o *citizen satisfaction*, è sempre quello dell'evidenza pubblica, per vari motivi. Non ultimo quello che il metodo offre una garanzia di trasparenza e chiarezza dato da procedure codificate e conoscibili da tutti.

Ma vi sono altri timidi cenni di apertura da parte del legislatore nazionale come quello della co-progettazione (di cui si è parlato) introdotta con il d.P.C.M. 30 marzo 2001. Si tratta di una forma di coinvolgimento del privato sociale che ha aperto una strada ancora da percorrere, sia dalle regioni che dagli enti locali, e che non è soggetta al procedimento a evidenza pubblica ed è una piena attuazione del principio della sussidiarietà orizzontale.

4. Il servizio sociale

La nozione di servizio sociale è data, nell'attuale legislazione, dal secondo comma dell'articolo 128 del decreto legislativo 112 del 1998, che recita: "Ai sensi del presente decreto legislativo, per «servizi sociali» si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia."

Completa il quadro normativo di riferimento del presente lavoro la legge 328 dell'8 novembre del 2000 sui servizi sociali (9), intervenuta a più di un secolo dall'istituzione delle Ipab a opera della legge Crispi e già definita dalla dottrina la legge che delinea il *welfare* del terzo millennio. Essa ha trasformato il riparto e l'assetto dei compiti e delle funzioni dello Stato e delle regioni dando un assetto ai servizi di rilevanza sociale

(9) V. F. DALLA MURA, *Pubblica amministrazione e non profit. Guida ai rapporti innovativi nel quadro della legge 328/2000*, Roma, Carocci, 2003.

e alle modalità di erogazione degli stessi, e specificando, in maniera dedicata, ciò che già era detto delle modalità di erogazione dal testo unico degli enti locali.

Su questo "filone" si innestano due temi:

- la sussidiarietà, che si aggancia alla solidarietà sociale degli anni Settanta e Ottanta per diventare un principio di rango costituzionale, che prevede la cooperazione pubblico-privato a livello locale per l'erogazione di servizi giudicati essenziali per la cittadinanza (articolo 108, comma 4, della Costituzione);
- l'affidamento diretto alle cooperative, con il tema della conciliabilità di questo concetto con la concorrenzialità prevista, come *leit motiv*, dalla legislazione comunitaria che deroga a esso in casi del tutto eccezionali.

Nell'erogazione del servizio sociale da parte dell'ente pubblico, immaginiamo di essere di fronte a uno schema a triangolo in cui un lato è rappresentato dai fornitori, uno dalla p.a. e l'altro dai richiedenti. La sussidiarietà entra in questo schema offrendo la garanzia, da parte della p.a., di rispondere alla richiesta di servizi garantendo il mantenimento del loro livello, con la modalità della promozione e del sostegno del terzo settore, affinché questo cresca fino a garantire l'alta qualità del prodotto, attuando ciò che il legislatore della legge 328/2000 ha voluto.

Da un lato la p.a. è titolare di una funzione e si avvale degli strumenti adatti per affidare a terzi la produzione e l'erogazione degli stessi (appalto dei servizi) come è successo fino a oggi, per cui vi è l'organizzazione "pubblica" e la "produzione" privata. Dall'altro c'è il terzo settore che deve trovare (e la legge in questione lascia lo spazio per farlo) il modo di crescere tanto da diventare il partner ideale dell'amministrazione nell'erogare i servizi pubblici.

Sarà importante la progettazione e la programmazione condivisa; ciò permetterà di diminuire il numero delle aggiudicazioni tramite appalto trovando nuove ipotesi di affidamento.

Il ruolo del comune è di svolgere i compiti affidati sia dalla legge 112/1998 sia dalla normativa analizzata e si svolge su due fronti: esercitare le funzioni amministrative e concorrere alla programmazione regionale (10).

(10) **Sulle modalità di gara per affidare i servizi sociali**, la *pidario* è il commento della sentenza n. 500/2004 del T.A.R. Sardegna, sez. Cagliari, in cui si dice "che la gara in questione, pur concernendo l'affidamento di un servizio sociale, è stata aggiudicata col sistema del maggior ribasso anziché, come previsto dall'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa [...] La censura è fondata". Del pari si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 4003/2003.

Sul principio di affidamento diretto alle cooperative sociali si ricordi la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 239, in cui si rileva che l'appalto di servizio socio-assistenziale affidato, secondo la legge regionale, alla cooperativa sociale, con riserva di affidamento alla stessa, non è incostituzionale, per cui la questione è infondata perché: Il primo limite è evidentemente rispettato se è la stessa Carta fondamentale, nel suo art. 45, ad affermare che «la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» e a imporre che la legge ne promuova e favorisca l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità. Inoltre, se la funzione sociale della cooperazione costituisce un valore di rango costituzionale alla stregua di una previsione compresa nello stesso titolo III dedicato ai principi relativi ai rapporti economici, essa e il suo sviluppo appaiono godere della stessa tutela assicurata dalla Costituzione agli altri valori di rilevanza economica, quali il lavoro, la libera intrapresa economica e la proprietà, contemplati negli articoli precedenti, dei quali, in conseguenza, va esclusa la prospettata violazione.

Analogha considerazione va fatta quanto al lamentato contrasto con il principio di uguaglianza, sul rilievo che, evidentemente, in tanto la Costituzione assume la «cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» come valore da tutelare, in quanto essa si configura come forma organizzativa idonea a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.). Quanto ai limiti derivanti alla potestà legislativa regionale dagli ordinamenti diversi da quello statale [...] occorre verificare se, nello specifico campo che qui interessa, la legge regionale sopra menzionata non contrasti con la normativa comunitaria. [...]

In proposito deve rilevarsi che il servizio oggetto della gara di cui si tratta – «aiuto personale ai cittadini portatori di handicap» – rientra indubbiamente nella categoria dei servizi sociali e, pertanto, nella categoria n. 25 «servizi sanitari e sociali» compresa nell'allegato 2 al menzionato d.lgs. n. 157 del 1995. Orbene, a norma del combinato disposto dell'art. 1, comma 3, e dell'art. 3, comma 2, dello stesso decreto, questo si applica limitatamente ai soli articoli 8, comma 3, (forme di pubblicità), 20 (prescrizioni tecniche) e 21 (deroghe in materia di prescrizioni tecniche), in conformità dell'art. 9 della citata direttiva. Non si ravvisa, pertanto, alcuna incompatibilità della legge regionale n. 25 del 1997 della Basilicata con le disposizioni dell'ordinamento comunitario specificamente applicabili alla materia da essa disciplinata.

Il vero è che le regole del mercato unico europeo, tra le quali il principio di concorrenza invocato dall'appellante, presuppongono e sono concepite per un mercato ossia per un ambito in cui si confrontano operatori commerciali, soggetti costituiti per l'esercizio professionale dell'attività di scambio di beni e servizi a fini di lucro. Esse, pertanto, non possono valere per soggetti che tali fini non si prefiggono ovvero in ambiti nei quali i valori prevalenti e normativamente privilegiati sono quelli della solidarietà sociale e della mutualità.”

Sulla scelta della cooperativa sociale con esclusione delle associazioni per il carattere delle imprenditorialità delle prime si ricordi Consiglio di Stato 2785/2003.

5. Affidamento diretto nel quadro della normativa attuale

Per affrontare correttamente il tema proposto dall'articolo, già comunque in parte toccato, occorre, in primo luogo, fare un coordinamento delle normative che sono dedicate, in modo oggettivo, al servizio sociale, per valutare se sia possibile l'affidamento diretto, e in modo soggettivo alla cooperativa sociale, come diretto interlocutore dell'amministrazione affidataria delle funzioni di erogazione dei servizi stessi.

L'erogazione di questi servizi è appannaggio dell'ente che rappresenta la comunità di riferimento, cioè il comune, che ha la rappresentanza della propria comunità giustificata dal testo unico degli enti locali, all'articolo 3, “Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo”.

Tale funzione del comune è legittimata dalla Carta costituzionale, che prevede, all'articolo 118, novellato dalla legge costituzionale 3 del 2001, che ha mutato il titolo V della Costituzione, l'attribuzione delle “funzioni amministrative [...] ai comuni salvo che, per assicurar-

Ancora si ricordi l'interessante e innovativa sentenza del T.A.R. Liguria, Genova, n. 514/2004, in cui si stabilisce che: “Ne consegue che non sussiste alcuna illegittimità in ordine alla limitazione della partecipazione all'appalto *de quo* ai soli soggetti senza scopo di lucro [...] il regolamento sulla cooperazione sociale del Comune di Genova non abbia inteso, pena la violazione dell'art. 1, comma 5, l. 328/2000, imporre obbligatoriamente la riserva di affidamento dei servizi *de quo* ai soggetti privi di scopo di lucro. Ne conseguirebbe la piena ammissibilità del ricorso in contrasto con quanto ritenuto dalle controparti che, invece, hanno affermato l'inammissibilità del ricorso, non essendo stato impugnato il regolamento del Comune di Genova.”.

Sullo stesso filone giurisprudenziale si inserisce la sentenza del T.A.R. Basilicata, Potenza, n. 1022 del 2003 sull'affidamento diretto alle cooperative di tipo “b” in cui si dice, testualmente, nella parte motiva che: “dal tenore testuale della norma in parola risulta evidente la *voluntas legis* di privilegiare in modo esclusivo la cooperativa sociale quale unico soggetto terzo gestore di servizi socio-assistenziali, è necessario esaminare i profili d'incostituzionalità proposti dall'istante nei confronti di detta norma.

Quanto al presunto contrasto con l'art. 117 della Costituzione, si deve rilevare, alla luce della nuova formulazione di tale normativa costituzionale (cfr. legge costituzionale n. 3/01), che la materia dell'assistenza sociale né rientra fra quelle di legislazione regionale concorrente, la quale deve rispettare i principi fondamentali determinati dalla legislazione dello Stato, né appare compresa nell'elenco delle materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato.”

Ne discende che l'affidamento diretto non contrasta affatto con i principi di concorrenza e di buon andamento amministrativo che il diritto comunitario vuole tutelare e che sono preposti agli affidamenti con gara ad evidenza pubblica.

ne l'esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I comuni, le province e le città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e regioni nelle materie di cui alle lettere *b)* e *h)* del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

L'articolo 6 della citata legge dispone che la titolarità delle funzioni sociali compete ai comuni, che sono direttamente a contatto con la comunità di riferimento e sono i più competenti all'attribuzione di tali funzioni. Tale assunto che, coordinato con il comma 4 dell'articolo 118 citato, legittima la sussidiarietà orizzontale, permette di operare quel *trait d'union* che era utile per inquadrare l'argomento in maniera operativa, dopo aver riportato le norme giuridiche.

Infatti, il concetto del comma 4 sopra riportato dispone che i comuni favoriscano l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per svolgere attività di interesse comune, come possono essere i servizi da erogare. Ovviamente si tratta di servizi alla persona, ricompresi, convenzionalmente, nel novero di quelli di rilevanza non economica.

Si è visto che la natura del servizio sociale è quello di essere privo di rilevanza economica, tuttavia va detto anche che la cooperativa sociale persegue il suo compito attraverso altri tipi di attività, che le permettono di garantirsi una permanenza sul mercato rimanendo concorrenziale con gli altri soggetti che vi appartengono di diritto; le attività svolte sono:

- a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi;
- b) lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (art. 1, l. n. 381/1991).

Tuttavia, non va dimenticato che il comune è pur sempre un soggetto di diritto pubblico e ciò fa sì che la sua attività sia necessariamente subordinata alle disposizioni dettate per tali organismi.

In altre parole l'azione dell'ente pubblico deve sottostare a principi ben definiti e non derogabili. Si è detto, a proposito della cooperativa, che la stessa può aggiudicarsi

servizi senza il ricorso a una gara a evidenza pubblica; in quanto non sconta il principio di concorrenzialità.

Ma ciò è vero solo nel caso in cui l'ente che deve aggiudicare il servizio lo faccia a una cooperativa di tipo "b", come si è detto sopra (ai sensi dell'articolo 5 della l. 381 richiamata).

Si è parlato anche di aggiudicazione dei servizi sotto soglia comunitaria, facilitata per i soggetti della cooperazione sociale.

Oggi tale assunto non è più rilevante, dopo l'entrata in vigore del codice degli appalti, approvato, in ricezione della direttiva comunitaria del 2004, con il decreto legislativo n. 163 del 2006.

A questo punto occorre valutare e vedere come sia la disciplina degli affidamenti in relazione al codice e se questo entri in conflitto con la normativa specialistica sui servizi pubblici e sulle cooperative sin qui toccata. Il giudice comunitario ha, più volte, sottolineato l'assenza di concorrenzialità dell'erogazione dei servizi dedicati a persone in stato di bisogno.

La sentenza della Corte costituzionale, richiamata sopra, n. 272/2004 ha espressamente dichiarato che i servizi sociali sono privi di rilevanza economica per cui non sono soggetti alla concorrenzialità; essi sono estranei alle logiche di mercato e della concorrenza, per cui trovano la loro regolamentazione nella disciplina regionale e non in quella, esclusiva, dello Stato.

Si tratta del motivo per cui l'articolo 113-*bis* (Servizi pubblici locali privi di rilevanza economica) del d.lgs. 267/2000 è stato in gran parte dichiarato incostituzionale (si veda quanto scritto alla nota 3 sotto un altro punto di vista).

L'affermazione della Suprema Corte ha valore non solo in ambito circoscritto alla parte motiva della sentenza, ma è utile in quanto qualifica, chiaramente, la natura del servizio sociale.

Anche il Libro verde sulle onlus della Commissione europea (11) si esprime nel medesimo modo.

Passando dalla visione *statica* della natura del servizio a considerare il rapporto che si instaura con l'ente pubblico e le modalità con cui il comune, come tutti gli enti pubblici, deve aggiudicare le proprie gare nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, si deve tener conto della necessità di procedere secondo i parametri della legalità e dell'imparzialità, pertanto devono essere ricondotte a un fondamento normativo le deroghe previste dalla norma sulla cooperazione sociale, per legit-

(11) "Libro verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003.

timarne i disposti e stabilire il fondamento del rapporto preferenziale.

Va sottolineato che i servizi che il comune eroga alle persone in stato di bisogno sono dati a terzi, per cui l'ente li acquisisce per sé, redigendo in prima persona il contratto di appalti di servizi, ma al fine di erogarli a chi abbia un disagio sociale verificato, cioè a favore di altri/terzi.

Ne consegue che la fornitura di un servizio di questo genere, come si è detto, non avviene in maniera concorrenziale, ma sottolineando, piuttosto, la funzione sociale che è privilegiata rispetto alla concorrenza.

Il principio di libera concorrenza, già parte dell'ordinamento europeo e ora divenuto principio codificato dal regolamento dei contratti, non ne rimane toccato; tanto è vero che il codice dei contratti dispone, come avveniva già in precedenza, al già ricordato articolo 20, che "sono esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti, una serie di fattispecie contrattuali indicate nell'allegato B dello stesso codice e tra esse, in particolare, quelle aventi ad oggetto servizi inerenti l'istruzione, i servizi sociali, sportivi e culturali, campi maggiormente interessati dalle attività delle cooperative sociali."

La finalità perseguita dal legislatore comunitario coincide con quella già evidenziata nelle norme dell'ordinamento interno: una maggior sensibilità nei confronti dei bisogni, con una spiccata preferenza per la parte concreta piuttosto che per le ragioni della concorrenza; va considerato, anche, che non vi è un serio mercato concorrenziale che ponga in antitesi le cooperative sociali alle imprese.

Se pure vogliamo considerare che, da un punto di vista meramente organizzativo, esse sono imprese, visto che erogano prestazioni con rischio di impresa e con garanzia di risultato e avvalendosi della propria organizzazione, tuttavia esse non rispondono alle altre caratteristiche proprie delle società di capitali, per cui rimangono soggetti giuridici privati, interlocutori privilegiati delle pubbliche amministrazioni.

Tale discrezionalità giustifica l'*arbitrarietà* in capo al responsabile della procedura contrattuale in ordine ai soggetti da invitare a negoziare, salvo i limiti derivanti da una particolare disciplina regolamentare comunale "autolimitativa".

Si può agevolmente rilevare, da quanto detto, che è possibile effettuare una selezione soggettiva, limitando la ricerca del soggetto erogatore dei servizi alle sole cooperative sociali.

Una limitazione territoriale, invece, non è altrettanto legittima in quanto contrasta con il principio di libera circolazione di merci, persone e capitali sancito dal-

la nostra Costituzione all'articolo 41 e dal trattato della Comunità europea.

I principi legali di trasparenza, economicità e massima apertura ai concorrenti, per i quali deve essere rispettata la condizione di parità (non devono essere messe a confronto, per esempio, cooperative e organizzazioni di volontariato), devono essere rispettati, per cui è opportuno ricorrere a procedure di selezione che saranno enunciate in un regolamento interno dell'ente, a meno che non esista già una normativa regionale di attuazione della legge nazionale sulle cooperative che disponga le modalità di selezione (12).

Finora si è parlato di:

- natura del servizio sociale,
- rapporto tra comune e soggetto del terzo settore che eroga il servizio;
- condizioni di favore dettate dal legislatore per i soggetti del terzo settore e in particolare per le cooperative, il che favorisce il rapporto tra il comune e le cooperative sociali.

Ora è opportuno introdurre, seppure per fare un breve cenno, una forma di gestione del servizio introdotta *ex novo* dal codice degli appalti, prima esistente solo nella legge Merloni n. 109 del 1994 (sull'affidamento dei lavori pubblici). Si tratta della "concessione", per cui il soggetto erogante diviene anche titolare del servizio,

(12) Sulla legittimazione soggettiva alla partecipazione alle gare di appalto la giurisprudenza amministrativa italiana è alquanto oscillante: contraria alla partecipazione alle gare di associazioni non riconosciute per mancanza dei requisiti di affidabilità imprenditoriali (Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2003, n. 2785; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 settembre 2004, n. 12009; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 10 febbraio 2005, n. 1235); *contra*: T.A.R. Piemonte, sez. II, 21 luglio 2003, n. 1143; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 giugno 2003, n. 2619; e Consiglio di Stato nel parere del 13 novembre 2002, n. 1899 in quanto "nessuna disposizione di legge preclude la partecipazione a una gara da parte di soggetti non aventi la caratteristica di imprese o di società con scopo di lucro purché i soggetti medesimi abbiano i requisiti e la capacità per l'affidamento del servizio di cui è gara e questi siano positivamente valutati nel corso della relativa procedura".

Da queste premesse è facile desumere che la materia dell'affidamento dei servizi ai soggetti del terzo settore è quanto mai fluida, ancora da plasmare e fonte di differenti valutazioni poiché questi – come si è detto all'inizio di questo lavoro – sono differenti tra loro, dal punto di vista soggettivo. Pertanto l'amministrazione si deve porre in maniera differente di fronte a essi, in relazione ai servizi che devono essere affidati e alle esigenze della collettività di riferimento. Se si tratta di affidare un servizio in cui la rilevanza economico-imprenditoriale è superiore rispetto a quella della persona, si dovranno valutare requisiti diversi (affidabilità, fatturato e simili), mentre se la persona è al centro del servizio vale di più il requisito della idoneità morale.

quindi diretto interlocutore del cittadino che ne fruisce. Il codice disciplina il servizio all'art. 30 per cui: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

I servizi pubblici comunali che potrebbero essere gestiti in concessione dalle cooperative sociali sono solo quelli a carattere socio-assistenziale (ivi compreso l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate) ed educativo, perché privi di quella rilevanza economica di cui si parlava all'inizio del lavoro e che funge da discriminante per l'affidamento diretto, visto che la caratteristica è di essere privi di scopo di lucro.

Va detto che non si tratta della vecchia forma di concessione di servizio di scolastica memoria, quale la concessione di demanio marittimo. Si tratta di una figura del tutto innovativa che riveste la forma di un contenitore che le pubbliche amministrazioni possono *riempire* in modo diverso, determinando un'altra forma di gestione del rapporto pubblico-privato per l'erogazione di un servizio a coloro che sono in stato di bisogno sociale.

Questa tipica caratteristica ontologica, l'assenza di lucro, permette di operare una discriminazione, in perfetta coerenza con quanto dispongono le attuali normative, vista l'assenza di mercato concorrenziale, valutando le sole caratteristiche di professionalità ed esperienza nello svolgimento del servizio e affidando lo stesso alle cooperative sociali, in virtù della rispondenza a criteri di efficacia e di efficienza del servizio.

La valutazione fatta per le cooperative sociali potrebbe estendersi alle organizzazioni qualificate dalla legge n. 155 del 2006 come imprese sociali.

Infine va ricordato che la gestione dei servizi sociali può avvenire anche attraverso soggetti di diritto pubblico (Asp ex Ipab) che non sono imprese e si possono – essi stessi – avvalere delle cooperative sociali, in uno scenario che diventa sempre più complesso e multifunzionale (13). Il rapporto tra ente pubblico e organismo di diritto

pubblico sarà regolato dal contratto di servizio e la scelta dell'organismo di diritto pubblico non sarà soggetta alla procedura a evidenza pubblica (per ovvi e comprensibili motivi).

Sarà questo a scegliere (a sua volta) il soggetto gestore con i procedimenti codificati per legge, applicando le norme, già viste, sulla selezione del soggetto gestore.

(13) Nella realtà dell'Emilia-Romagna la legge regionale 2/2003 dispone in tal senso, ossia che le aziende di servizi pubblici (in tale modo si sono riconvertite le Ipab) sono individuate come soggetti che possono essere titolari o affidatari dei servizi, in sostituzione dell'ente locale. Il rapporto tra l'ente locale e le Asp è regolato da un contratto di servizio.

La gestione economica degli impianti pubblici comunali destinati a soggetti che praticano sport professionistico

di **Alberto Mingarelli**

1. Due casi concreti di danno erariale

Da una indagine realizzata dalla procura regionale per il Veneto della Corte dei conti, riguardante la concessione dello stadio comunale di Vicenza da parte del comune alla squadra di calcio locale, attualmente militante in serie B dopo aver lungamente militato in serie A (ossia campionati professionistici), è emerso che il comune vantava un credito per canoni arretrati non pagati (relativi a diverse annualità non riscosse), inespugnabilmente *dimenticati* dagli uffici comunali e per opere impropriamente pagate dal concedente al posto del concessionario utilizzatore della struttura, per un danno calcolato in complessivi euro 897.433, 05.

Da questa indagine è risultato altresì che la cifra del canone non è stata per lungo tempo aggiornata e che la società, contrariamente a quanto imporrebbero le stesse convenzioni stipulate tra comune e società di calcio, non ha mai pagato in rate quadrimestrali anticipate, ma solo in modo assai discontinuo, con notevoli ritardi e senza corrispondere interessi o – in modo del tutto improprio e illegittimo – con periodiche “compensazioni” rispetto a lavori compiuti dalla società di calcio sull'impianto, senza autorizzazioni e controlli da parte dell'ente concedente.

Nel corso di questa stessa indagine, per effettuare una comparazione con le condizioni praticate dal Comune di Vicenza alla società concessionaria, ma anche per monitorare le modalità di gestione degli impianti sportivi delle maggiori città del Veneto, si è preso atto della circostanza che situazioni come quella predetta, di totale trascuratezza rispetto al patrimonio comunale sportivo dato in concessione per l'utilizzo a socie-

tà sportive a livelli professionistici, sono tutt'altro che eccezionali.

Altra indagine riguarda la gestione di due piscine comunali affidata in concessione senza corrispettivo e pagando un contributo.

Con una delibera del 1998 assai contrastata dalla minoranza, il consiglio comunale di Verona, dopo decisione conforme di assessore e uffici, decideva di affidare senza alcuna gara la gestione di due piscine comunali (una coperta e una scoperta) alla Fin (Federazione italiana nuoto) con una concessione.

Nella convenzione non si prevedeva alcun canone a favore dell'ente proprietario, ma, al contrario, il comune doveva versare annualmente alla Fin un contributo di 300 milioni di lire rivalutabili per tutto il periodo della convenzione stabilito in dodici anni.

Nella vicenda la procura regionale ha ritenuto sussistere un danno nella mancata previsione e percezione di un canone (in quanto previsto dalla legge e dai regolamenti comunali per i beni patrimoniali) calcolato sulla base della media dei canoni praticati nelle altre convenzioni comunali per le altre piscine e ridotto al 10 per cento.

Il regolamento per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e per l'attribuzione di altri vantaggi economici (emanato *ex art.* 12 della legge 241/1990) prevedeva anche delle disposizioni relative alla concessione in uso di immobili appartenenti al patrimonio indisponibile del comune.

La norma regolamentare, ignorata nella fattispecie dal comune nel porre in essere la concessione con la Fin, prevedeva, oltre a una fase di accertamento dell'interesse pubblico che giustificasse la concessione a condizioni non di mercato, quanto segue: “Nella concessione di aree e impianti sportivi, anche scolastici, nonché dei

relativi immobili, a favore delle associazioni o società sportive dilettantistiche e senza scopo di lucro affiliate al Coni o agli enti di promozione sportiva e/o enti riconosciuti dalla amministrazione in cui opera l'associazione si applicano le norme relative ai canoni ricognitori di cui all'art. 1 della legge 11.7.1986, n. 390".

Quest'ultima norma regolamentava i casi in cui i beni immobili sportivi fossero dati a enti pubblici o federazioni sportive o *no profit*: "Le concessioni e le locazioni sono rispettivamente assentite e stipulate per un canone ricognitorio annuo non inferiore a lire centomila e non superiore al 10 per cento di quello determinato, sentito il competente ufficio tecnico erariale, sulla base dei valori in comune commercio. Gli immobili devono essere destinati a sede dei predetti soggetti o essere utilizzati per lo svolgimento delle loro attività istituzionali o statutarie".

L'infondatezza della tesi difensiva dell'incapacità delle piscine di produrre reddito è stata dimostrata, oltre che dai dati (sommari) della gestione di Fin, anche dalla circostanza emersa *in limine litis* che il Comune di Verona, dopo avere rinegoziato la convenzione una prima volta nel 2006, una volta eliminato finalmente l'obbligo del contributo annuale, nel 2008 è riuscito a ottenere una convenzione con la stessa Fin dove il comune non versa più contributi, ma percepisce un canone di circa 40.000 euro all'anno.

Un secondo danno è stato individuato nell'erogazione del contributo di 300 milioni di lire annue previsto in un contratto come la concessione di un servizio a domanda individuale che, per il comune proprietario, secondo la legge e i regolamenti predetti, dovrebbe essere attivo e non passivo. Le entrate per il concessionario dovrebbero essere rappresentate esclusivamente dalle tariffe praticate agli utilizzatori.

Un terzo danno è stato individuato nella mancata rendicontazione della gestione del contributo predetto da parte della Fin al comune.

Di oltre due miliardi di lire avute dal comune la Fin non ha rendicontato nulla, né gli è stato chiesto di farlo da parte dei dirigenti preposti nel comune, nonostante una chiara disposizione della convenzione prevedesse la rendicontazione e la prevedesse chiaramente anche il regolamento comunale attuativo dell'art. 12 della legge 241/1990, ignorato dai dirigenti per molti anni fino alle richieste istruttorie della procura della Corte dei conti.

La vicenda evidenzia che il patrimonio comunale, anche quando è effettivamente capace di produrre un minimo di utilità economica all'ente, viene impiegato fuori da ogni logica di efficienza ed economicità, cui inve-

ro sarebbe vincolato dalle disposizioni di legge e regolamentari oltre che dall'art. 97 della Costituzione. Appare inoltre molto grave, anche a prescindere dalla finalità sportiva delle erogazioni, il disinteresse dimostrato per le modalità di utilizzo dei consistenti contributi comunali erogati alla Fin.

2. Ordinamento sportivo nazionale, Coni e federazioni sportive nazionali

Lo sport, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, vede la sua inserzione nell'organizzazione pubblica con l'istituzione del Coni, avvenuta con la legge 16 febbraio 1942, n. 426. Esso non viene inserito nelle norme costituzionali del 1948, al di là del riferimento indiretto nell'art. 32 sul diritto alla salute e nell'art. 18 sulla libertà di associazione. Tuttavia, in tempi più recenti, la promozione delle attività sportive e ricreative figura nelle funzioni amministrative che vengono trasferite alle regioni col d.P.R. 616/1977, che impone poi il loro "ritrasferimento" ai comuni, ai sensi dell'art. 118, primo comma, della Costituzione.

L'organizzazione pubblica del Coni e dello sport italiano era originariamente estremamente gerarchizzata. Divenne poi un "ente federativo", valendosi per le sue finalità soprattutto di altri soggetti pubblici inizialmente strettamente legati allo stesso Coni, ossia le federazioni sportive.

Il Coni aveva come scopo (art. 2) "L'organizzazione e il potenziamento dello sport nazionale e l'indirizzo di esso verso il perfezionamento atletico".

Indubbiamente il regime fascista, allora al potere, faceva un uso propagandistico e non solo politico dello sport, utilizzandone la visibilità e l'eccellenza per dimostrare la forza dello Stato e del regime.

Tuttavia, la normativa che diede la struttura del Coni si dimostrò adeguata per molto tempo, sopravvivendo al regime per circa cinquant'anni. Essa costituisce la prima vera organizzazione complessiva dello sport in Italia, trasformandolo in un "ordinamento giuridico di settore". Attraverso di essa l'ordinamento giuridico riconosce ufficialmente la presenza di interessi pubblici nell'attività sportiva, prima solo appannaggio dell'associazionismo privato, e con essa si decide anche di utilizzare finanziamenti pubblici per l'attività sportiva in Italia (1).

(1) L'art. 3 della legge del 1942 prevedeva: "Il Coni nell'espletamento dei compiti di cui all'articolo precedente:

1. provvede alla conservazione, al controllo e all'incremento del patrimonio sportivo nazionale;
2. coordina e disciplina l'attività sportiva comunque e da chiunque esercitata;

È evidente sin da questa normativa originaria che, nonostante l'uso del termine "società", le società sportive associate nelle federazioni avevano poco in comune con le società commerciali disciplinate dal codice civile, il cui scopo è quello della divisione degli utili tra i soci.

3. L'evoluzione delle società di calcio professionistico

L'evoluzione della normativa italiana in materia di attività sportive, e in particolare in quelle calcistiche costituendo il calcio lo sport più popolare e l'avanguardia dell'evoluzione del sistema sportivo medesimo, è segnata da una prima importante riforma: la legge 23 marzo 1981, n. 91.

Questa legge, intitolata "Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti", segna una prima importante svolta nella disciplina dello sport italiano.

L'art. 1 prevede: "L'esercizio dell'attività sportiva, sia essa svolta in forma individuale o collettiva, sia in forma professionistica o dilettantistica, è libero".

Poi all'art. 2 si prevede una definizione del discusso tema del professionismo sportivo, includendovi coloro che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità, nell'ambito delle discipline regolamentate dal Coni e che conseguono la qualificazione (di professionista) dalle federazioni sportive nazionali.

All'art. 3 della legge n. 91/1981 – sciogliendosi anche qui una lunga controversia (non senza alcune perplessità di chi riteneva più proprio un richiamo al contratto di lavoro autonomo) – si stabiliva che "la prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di con-

3. ha il potere di sorveglianza e di tutela su tutte le organizzazioni che si dedicano allo sport e ne ratifica, direttamente o per mezzo delle federazioni sportive nazionali, gli statuti e i regolamenti;
4. appronta gli atleti e i mezzi idonei per le Olimpiadi e per tutte le altre manifestazioni sportive nazionali o internazionali, con riguardo alla preparazione olimpionica o per il raggiungimento di altre finalità".

L'art. 5 della legge del 1942 indicava come organi del Coni 24 federazioni sportive, che stabiliscono con regolamenti interni approvati dal presidente del Coni le norme tecniche e amministrative per il loro funzionamento e le norme sportive per l'esercizio dello sport controllato.

Il Coni viene dotato di un'organizzazione centrale e di una periferica in ogni provincia, ossia i comitati provinciali.

All'art. 10 si prevedeva poi che: "le società e le sezioni sportive debbono essere riconosciute dal Coni e dipendono disciplinarmente e tecnicamente dalle federazioni sportive competenti, le quali possono anche esercitare su di esse un controllo di natura finanziaria".

tratto di lavoro subordinato, regolato dalle norme della presente legge", quindi diversa dal comune "statuto dei lavoratori" del 1970, applicabile solo in parte agli atleti.

Lo stesso articolo nei commi successivi prevedeva situazioni che invece ricadevano nel contratto di lavoro autonomo.

Questa legge, tuttavia, si impose all'attenzione delle cronache dell'epoca per la c.d. "abolizione del vincolo sportivo", ossia di quello stretto legame di "appartenenza" (incompatibile con la disciplina del contratto di lavoro) che prima caratterizzava il rapporto tra l'atleta professionista e la società di appartenenza, riconducendosi da allora la cessione dello sportivo nell'ambito della cessione del contratto, (caratterizzata dalla necessità del consenso del contraente atleta al trasferimento) con un limite temporale massimo di cinque anni (art. 5).

L'art. 6 della legge n. 91/1981 stabiliva tuttavia che, anche nei casi in cui era cessato il rapporto contrattuale, le federazioni sportive potevano stabilire il versamento alla società firmataria del nuovo contratto di un'indennità di preparazione e promozione dell'atleta.

Rispetto alla natura delle società sportive, la legge del 1981, ribadendo un principio stabilito espressamente anche nello statuto-tipo del Coni-Figc del 1966, stabiliva all'art. 10: "Possono stipulare contratti con atleti professionisti solo società sportive costituite nella forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata.

L'atto costitutivo deve prevedere che gli utili siano interamente reinvestiti nella società per il perseguimento esclusivo dell'attività sportiva.

Prima di procedere al deposito dell'atto costitutivo, a norma dell'art. 2330 del c.c., la società deve ottenere l'affiliazione da una o più federazioni sportive nazionali riconosciute dal Coni".

Questa norma, che costituiva un'eccezione al normale funzionamento e alla comune regolamentazione codicistica delle società di capitali, prevedeva la necessità/possibilità di formare società di capitali, ancora prive del fine di lucro, che venivano indirizzate a un fine – in senso lato – di carattere sociale. Non si prevedeva la distribuzione degli utili, il rimborso delle partecipazioni ai soci era previsto solo in caso di liquidazione (art. 13), e infine la stessa legge prevedeva che le eventuali plusvalenze di realizzo venissero assegnate al Coni.

Per la prima volta veniva così rotta, per l'ambito sportivo professionistico, la regola ferrea e secolare del codice civile delle società di capitali sempre caratterizzate dal fine lucrativo e creata la figura delle "società di diritto speciale", più recentemente recuperata dal legisla-

tore italiano in materia di società di proprietà pubblica totale o prevalente, che gestiscono servizi pubblici.

La legge n. 91 del 1981 era riuscita in sostanza – almeno in parte – pur garantendo maggiormente i diritti degli atleti professionisti e non, a mantenere la tradizionale natura di “ordinamento giuridico di settore” alla normativa dello sport, rispetto al diritto societario comune, che aveva dovuto subire una rilevante eccezione.

Su questo sistema, che nonostante le perplessità manifestate al momento dell'approvazione della legge non diede cattivi risultati, a distanza di quattordici anni si produsse l'impatto del diritto comunitario, attraverso la c.d. “sentenza Bosman”, ossia la sentenza del 15 dicembre del 1995 (C-415/93) emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee.

La sentenza in questione, che riguardava un calciatore belga professionista, respingendo anche notevoli obiezioni avanzate da vari governi degli Stati membri, faceva applicazione dell'art. 48 del Trattato Ce in tema di libera circolazione dei lavoratori (2).

Gli effetti della sentenza Bosman potevano assumere carattere devastante per quei *clubs* che, avendo affrontato ingenti sacrifici economici per l'ingaggio di atleti di vasta notorietà, vedevano ridotto il proprio capitale sociale (costituito principalmente dagli atleti) con effetti immediati. La decurtazione derivava dall'impossibilità di percepire l'indennità di preparazione e promozione, che era stata prevista dalla legge italiana proprio per compensare le società per gli impegni patrimoniali, talora cospicui, assunti per la crescita tecnica e atletica dei giocatori, la cui perdita si traduceva in una diminuzione della potenzialità agonistica della squadra.

Inoltre questa sentenza consentiva facilmente l'elusione completa da parte degli atleti professionisti (con un passaggio “temporaneo” a un *club* di altro Stato della Comunità europea) della norma italiana sulle indennità previste per la squadra cedente, ossia l'art. 6 del-

(2) Nel dispositivo della sentenza della Cgce si prevedeva: “L'art. 48 del Trattato Ce osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive (come quelle della Figc italiana e di altri Stati), secondo le quali un calciatore professionista cittadino di uno Stato membro, alla scadenza del contratto che lo vincola a una società, può essere ingaggiato da una società di un altro Stato membro solo se questa ha versato alla società di provenienza un'indennità di trasferimento, di formazione o di promozione.

L'art. 48 del Trattato Ce osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri (come prevedeva anche la stessa Figc italiana)”.

la legge 91/1981 e regolamenti attuativi delle federazioni sportive.

Un altro campo in cui potevano manifestarsi conseguenze negative veniva individuato nel settore giovanile, che dalla completa apertura del mercato nazionale ai giocatori stranieri (comunitari e non) poteva subire ingenti danni, con conseguenti concreti pericoli di abbassamento del tasso tecnico e atletico dei giocatori e di una minore competitività delle squadre nazionali e di quelle di *club*, chiamate a rappresentare l'Italia in competizioni o tornei internazionali.

Il legislatore italiano intervenne dunque con il d.l. 20 settembre 1996, n. 485, convertito nella legge n. 586/1996, per cercare di attenuare le conseguenze della predetta sentenza della Corte di giustizia.

In particolare nella motivazione del decreto-legge si è ritenuta esistente la straordinaria necessità e urgenza di emanare disposizioni intese a rendere meno gravosi per i bilanci delle società sportive gli effetti delle recenti decisioni comunitarie sui trasferimenti degli atleti.

In primo luogo, pur abrogando le indennità già previste dall'art. 6 della legge n. 91/1981, è stato previsto il “premio di addestramento e formazione tecnica”. Pertanto: “Nel caso di primo contratto deve essere stabilito dalle federazioni sportive nazionali un premio di addestramento e formazione tecnica in favore della società o associazione sportiva presso la quale l'atleta ha svolto la sua ultima attività dilettantistica o giovanile”.

Detto premio, prevede il terzo comma del nuovo art. 6 della legge 91/1981 modificata, deve essere reinvestito dalle società o associazioni che svolgono attività dilettantistica o giovanile nel perseguimento di fini sportivi. Inoltre è stato stabilito, a favore della società o associazione sportiva che in virtù di tesseramento dilettantistico o giovanile ha provveduto all'addestramento e formazione tecnica dell'atleta, il diritto di stipulare il primo contratto professionistico.

Il legislatore però ha fatto molto di più per salvare dal tracollo le società sportive così come erano concepite dalla legge n. 91/1981. Non solo è stato permesso alle stesse di ammortizzare in alcuni anni gli effetti economici della perdita dell'indennità di preparazione, ma le stesse società sono state trasformate in società con scopo di lucro.

Sono state infatti espressamente abrogate le norme della legge n. 91/1981 che prevedevano il divieto della distribuzione degli utili ai soci e la restituzione delle quote sociali di partecipazione solo in caso di liquidazione della società medesima.

Anche queste società, dopo un lungo periodo di dibattito dottrinale sul tema della loro natura anomala, in

cui al *nomen* non corrispondeva la sostanza della fattispecie società – dibattito che risale già ai regolamenti delle federazioni del 1966 – in virtù di questo decreto-legge del 1996, trent'anni dopo, sono dunque rientrate nell'alveo dell'art. 2247 c.c. e delle altre norme che regolano le comuni società lucrative.

Il nuovo regime normativo delle società sportive – specie di quelle calcistiche a livello professionistico – anche se subentrato in seguito a una sentenza della Corte di giustizia con un decreto-legge e in modo apparentemente dirompente, in realtà costituisce una presa d'atto di una evoluzione notevole avvenuta nel mondo dello sport professionistico di più alto livello.

Nel corso degli oltre cinquant'anni che sono trascorsi dalla legge del 1942, lo sport è diventato una professione specialistica per molte persone, cui si impongono, per avere risultati di eccellenza, severi e costanti ritmi di allenamento e preparazione, certamente incompatibili con il dilettantismo. Dal punto di vista economico del nostro Paese si è trasformato in una vera attività "terziaria", pur conservandosi, almeno in parte, i valori e le finalità dello sport dilettantistico.

L'attività sportiva professionistica richiede sempre maggiori risorse per il suo finanziamento, che non possono più essere assicurate soltanto dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni, ma richiedono i finanziamenti degli imprenditori privati che, ovviamente, trasformano lo sport in una delle loro diverse attività capaci di profitto.

Dopo il d.l. del 1996 risulta inoltre assai ridotto il potere sulle società sportive esercitato dalle federazioni e di conseguenza anche dal Coni. A queste viene, infatti, riconosciuto *ex art.* 2409 c.c. il potere di denuncia al tribunale in caso di fondati sospetti di irregolarità gravi nella gestione; tuttavia esse, salva la loro competenza sulla c.d. "giustizia sportiva", non possono più decidere sullo scioglimento e sulla messa in liquidazione delle società, in quanto tale potere è di esclusiva competenza dell'assemblea dei soci.

Peraltro il d.l. 485/1996 ha previsto anche per le s.r.l. sportive, per cui non ricorrono le condizioni del diritto comune, l'obbligatorietà del collegio sindacale.

In seguito alla trasformazione delle società sportive operata dalla legge del 1996, queste possono dispiegare la loro azione in aree diverse da quelle strettamente agonistiche, seppure "connesse" o "strumentali" a esse, sfruttando così economicamente tutte quelle attività che si sviluppano ai margini di quella sportiva.

Conseguentemente esse possono incrementare il proprio capitale attraverso: un più ampio ricorso alla sponsorizzazione degli spettacoli prodotti; l'esercizio

dei diritti nei riguardi delle emittenti televisive per le riprese degli incontri delle loro squadre; il ricorso al *merchandising*, con l'autorizzazione (entro i convenuti limiti temporali, territoriali e merceologici) dell'uso dei propri segnali distintivi, emblemi o logotipi allo scopo di vendita o pubblicizzazione di prodotti (maglie, cappelli, articoli sportivi, etc.); l'instaurazione di sinergie tra società sportive (in special modo: società calcistiche) e gruppi finanziari, facenti capo agli stessi imprenditori; il tutto in un'ottica di piena utilizzazione economica dell'enorme popolarità goduta dallo sport.

Con la riforma descritta si è aperta anche la strada per consentire alle società sportive il reperimento di notevoli flussi finanziari attraverso l'azionariato popolare o la quotazione in borsa una volta che si abbiano alle spalle tre anni di conti in attivo.

Già tre grandi *clubs* hanno attuato la scelta di quotarsi in borsa (la Lazio, la Roma e la Juventus), mentre altri sono in procinto di farlo.

4. La nuova fase del calcio professionistico come investimento commerciale

La possibilità che le nuove società sportive con possibile attività lucrativa, e in particolare quelle del calcio professionistico, producano utili da distribuire ai soci, da quanto risulta dalle precarie situazioni finanziarie della generalità delle stesse società sportive che hanno indotto il Governo a emanare un discusso decreto-legge "spalma debiti" a loro favore nell'estate del 2003, sembra oggi smentita dai fatti.

Sembra che la necessità di tenere in piedi delle società competitive, sia a livello nazionale che internazionale, e che quindi dispongano di grandi talenti "superpagati", abbia reso di fatto utopistiche le velleità del legislatore del 1996 di consentire la creazione o trasformazione delle società professionistiche in organismi auto-sufficienti dal punto di vista economico e tali da creare anche utili per i soci, finendo per mantenere "di fatto" dette società nell'area dello "scopo ideale o sociale" dello sport dilettantistico o professionistico.

In realtà una più attenta analisi dei fatti e delle vicende economiche delle società sportive in questione e delle imprese dei loro *patron*, rende questa impressione del tutto fallace e strumentale a un ingiustificato addossamento allo Stato, agli enti pubblici e in ultima analisi ai contribuenti, degli indebitamenti delle medesime società sportive, disposti del tutto discrezionalmente – talvolta in modo poco trasparente – da soggetti privati.

Spesso, peraltro, questi presunti mecenati dello sport

sembrano cercare di addossare alle società sportive (e successivamente allo Stato) campagne pubblicitarie per una rapida ascesa della loro popolarità, che solo lo sport professionistico, e in particolare in Italia il calcio, consentono.

L'ingresso di grandi gruppi economico-finanziari, chiaramente imprenditoriali, nello sport, così come accade nell'ambito delle varie forme di sponsorizzazione ormai assai diffuse nei diversi settori della pubblica amministrazione (per esempio il restauro dei beni monumentali), è il frutto di un preciso calcolo economico.

I costi di una campagna pubblicitaria che consenta una rapida espansione delle vendite o della diffusione di un certo marchio nei mercati nazionali, europei e internazionali, sono assai elevati, basta pensare al costo di pochi minuti di pubblicità televisiva nelle reti nazionali, o in genere alla percentuale che un'impresa deve destinare dei propri costi per pubblicizzare i suoi prodotti.

Lo sport, e in particolare gli sport più popolari come il calcio, con il comparire degli atleti "sponsorizzati" – tra competizioni nazionali e internazionali, riprese televisive, programmi, fotografie sui giornali, associando alla bravura dell'atleta la bontà dello sponsor e dei suoi prodotti – consentono una pubblicizzazione di grande impatto alle ditte sponsor, i cui proprietari in diversi casi possiedono le stesse società sportive.

Lo sport, da pratica ideale e dilettantistica, almeno nell'ambito professionistico più popolare, si è dunque trasformato in un rilevante strumento dell'attività economica e imprenditoriale, tale da poter assicurare con il suo potentissimo richiamo pubblicitario il successo o meno di una certa impresa e/o di un certo prodotto.

A riprova vengono citati due esempi tratti dalla stampa non sportiva di due importanti quotidiani italiani.

Nel Corriere della Sera del 24 gennaio 1997 si dichiarava che "l'obiettivo del Presidente della Lazio, ossia il signor Sergio Cagnotti, è quello di usare la squadra di calcio come strumento dell'internazionalizzazione della Cirio, per esempio organizzando i ritiri pre-campionato o i tornei amichevoli in funzione del Paese dove si intende attuare una politica di penetrazione".

Il Sole 24 Ore – maggiore quotidiano economico nazionale – del 10 dicembre 2003, a proposito del recentissimo grave dissesto in cui è incorsa la società Parmalat (non certo per le spese fatte nello sport), nel collegare l'ascesa del signor Callisto Tanzi alle sponsorizzazioni fatte dalla sua società, osservava: "La scelta di diventare sponsor nel mondo dello sport ha fatto crescere la popolarità del gruppo" e ancora: "Pilastrini fondamentali del successo di Parmalat sono stati, fin da quando non

erano di moda, investimenti massicci in comunicazione e marketing aggressivo, che hanno avuto come asse portante il mondo dello sport. Per questo l'imprenditore di Parma, *patron* della squadra di calcio cittadina, ha utilizzato le sponsorizzazioni di campioni come ingrediente fondamentale per campagne pubblicitarie su ampia scala, risultate vincenti".

Queste e altre autorevoli osservazioni sono assai rare per vero nei quotidiani sportivi, che mostrano invece l'intervento dei finanziatori delle società come quello di improbabili mecenati o filantropi dello sport.

Le considerazioni sopra riportate dimostrano invece che lo sport spesso ha dato, a chi lo ha sfruttato con le più varie finalità, molto più di quanto non abbia ricevuto.

L'attenzione generale viene posta dalla maggior parte dei media sul denaro *intascato* dalle società sportive e su quello impiegato in stipendi esagerati di alcuni atleti, tacendo quello che lo sport ha fatto acquisire o risparmiare agli imprenditori che lo hanno utilizzato per i loro scopi commerciali.

Non sembra che dipenda dalle spese per lo sport o per il calcio in particolare se le fortune finanziarie di alcuni noti presidenti di società sportive e imprenditori siano andate alla deriva. Semmai è accaduto il contrario.

Queste società sportive sono spesso del tutto impropriamente utilizzate anche come "banche o casseforti private".

Anche la criminalità organizzata cerca di acquistare i pacchetti azionari dei *club* sportivi per realizzare il riciclaggio del denaro sporco (vedasi un recente caso che ha riguardato la Lazio).

Spesso le società sportive servono a *parcheggiare* o prelevare liquidità dal patrimonio dell'impresa del proprietario, da reinvestire poi per altri fini imprenditoriali o meramente speculativi.

Tali operazioni possono portare però alla delusione di molti sportivi e a rischi per le retribuzioni degli stessi atleti praticanti e dei dipendenti, proprio a causa di affari disastrosi dei presidenti-padroni in campo extra-sportivo, che tuttavia incidono sui bilanci delle società sportive. Le società in questi casi vengono a trovarsi all'improvviso in situazioni di pesanti *deficit* che le portano a subire le sanzioni delle federazioni sportive (per la sopravvenuta assenza dei requisiti di iscrizione ai campionati professionistici) e a sparire dal mondo dello sport professionistico, evento che per alcune città è una vera e propria punizione, per giunta ingiusta (come è stato nel caso della Fiorentina o del Napoli), e che rischia periodicamente di verificarsi per altre grandi o medie società sportive.

5. Chi sono i controllori nello svolgimento dello sport professionistico-commerciale?

Se dunque questo è lo scenario attuale dello sport "professionistico", è necessario che qualcuno, che non può essere che il soggetto pubblico, ma non solo le federazioni sportive e il Coni, proteggano il valore dello sport dilettantistico e i consistenti aspetti ideali e sociali ancora presenti in quello professionistico, oltretutto nello sport in genere.

Il Coni in particolare, oltre al predetto sostanziale ridimensionamento/azzeramento dei suoi poteri di controllo diretto sulle società sportive, parallelo a quello delle federazioni nazionali, attraverso il predetto d.lgs. 242/1999, ha visto una profonda trasformazione nei suoi oltre cinquant'anni di esistenza.

Le federazioni sportive nazionali, secondo il d.lgs. 242/1999, hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato e dunque hanno una forma più snella e non perseguono fini di lucro, pur essendo formate in casi importanti, come quello della Figc, da società lucrative vere e proprie con fortissimi interessi commerciali. Ora la legge riconosce al Coni funzioni di governo e regolamentazione generale delle attività sportive, ma nel quadro di una più stretta soggezione, o se si preferisce, *strumentalità* rispetto allo Stato e in particolare al Ministero per i beni e le attività culturali. Al Coni si riconosce anche un inserimento nel quadro dell'ordinamento sportivo internazionale.

L'art. 16 imponeva solo due principi per gli statuti delle federazioni sportive nazionali: "le federazioni sportive nazionali sono rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di democrazia interna, del principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale".

Il nuovo Coni, ridimensionato nelle sue strutture, assai più centralizzato e "governativo", esercita ancora un blando controllo sulle federazioni sportive nazionali attraverso la sua giunta nazionale, approvandone i bilanci e stabilendo i contributi finanziari in favore delle stesse. Tuttavia, è evidente che l'enorme crescita dell'influenza delle società sportive/capitalistiche, da un lato, e la consistente *deregulation* con limitazione dei poteri o addirittura la privatizzazione di quelle che erano le autorità pubbliche dell'"ordinamento speciale" dello sport, dall'altro, hanno profondamente modificato la sostanza di questa materia, lasciando dei vuoti specie nell'ambito locale o decentrato.

Con il fenomeno della c.d. "calciopoli", emerso dalle

intercettazioni del maggio 2006, si evidenziava un persistente sistema di condizionamento delle partite e dei risultati del massimo campionato di calcio, finalizzato a garantire il successo di alcuni grandi *club* e così anche cospicui vantaggi economici.

Nel 2004 si era cercato, con un intervento legislativo, di ridare centralità al potere di controllo del Coni e delle federazioni sportive nazionali, che fosse più adeguato alla complessità dello sport professionistico e del calcio in particolare, con i suoi fortissimi interessi economici e non solo (3).

Come detto, la scoperta di *calciopoli* è avvenuta solo due anni dopo, e non certo per il controllo puntuale di Coni e federazioni, che sono intervenute solo successivamente per sanzionare gli abusi più evidenti e far ripartire senza troppi problemi i campionati professionistici, ma solo grazie alle intercettazioni delle indagini penali.

6. Riflessioni conclusive

Lo sport (calcio compreso) non è solo un affare commerciale, anche se ormai "i mercanti sono entrati nel Tempio" e il dilettantismo è in alcuni casi solo un ricordo.

Lo sport resta per i cittadini un momento aggregativo importante e un fattore di grande coesione sociale, specie per le giovani generazioni.

Il Trattato dell'Unione europea di Lisbona del 13 dicembre 2007 prevede all'art. 165:

(3) L'art. 7 del d.lgs. n. 15 dell'8.1.2004 sostituiva in parte l'art. 5 del d.lgs. n. 242 del 1999 (i compiti del consiglio nazionale del Coni).

"e) stabilisce i criteri e le modalità per l'esercizio dei controlli sulle federazioni sportive nazionali, sulle discipline sportive associate e sugli enti di promozione sportiva riconosciuti; e-bis) stabilisce i criteri e le modalità di esercizio dei controlli da parte delle federazioni sportive nazionali sulle società sportive di cui all'articolo 12 della legge 23 marzo 1981, n. 91. Allo scopo di garantire il regolare svolgimento dei campionati sportivi il controllo sulle società di cui alla citata legge n. 91 del 1981 può essere svolto in via sostitutiva dal Coni in caso di verificata inadeguatezza dei controlli da parte della federazione sportiva nazionale; e-ter) delibera, su proposta della giunta nazionale, il commissariamento delle federazioni sportive nazionali o delle discipline sportive associate, in caso di gravi irregolarità nella gestione o di gravi violazioni dell'ordinamento sportivo da parte degli organi direttivi, ovvero in caso di constatata impossibilità di funzionamento dei medesimi, o nel caso in cui non siano garantiti il regolare avvio e svolgimento delle competizioni sportive nazionali; [...]"

1. L'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche.

L'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa.

2. L'azione dell'Unione è intesa:

- a sviluppare la dimensione europea dell'istruzione, segnatamente con l'apprendimento e la diffusione delle lingue degli Stati membri,
- a favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, promuovendo tra l'altro il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio,
- a promuovere la cooperazione tra gli istituti di insegnamento,
- a sviluppare lo scambio di informazioni e di esperienze sui problemi comuni dei sistemi di istruzione degli Stati membri,
- a favorire lo sviluppo degli scambi di giovani e di animatori di attività socio-educative e a incoraggiare la partecipazione dei giovani alla vita democratica dell'Europa,
- a incoraggiare lo sviluppo dell'istruzione a distanza.
- a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi.

3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di istruzione e di sport, in particolare con il Consiglio d'Europa.

4. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo:

- il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando in conformità della procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, a esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri [...].

Si pone quindi ancora una volta l'obiettivo che lo sport torni a essere uno strumento di educazione e di socia-

lizzazione. Perché si realizzino tali finalità non basta il *laissez faire* degli enti pubblici che affidano lo sport soltanto all'intervento di presunti "mecenati" alquanto improbabili e malintesi. Gli enti locali in particolare, a cui invece la riforma del titolo V della Costituzione italiana ha attribuito il nuovo e agile strumento della sussidiarietà, possono rincorrere tale obiettivo.

Se ciò è possibile, è in primo luogo attraverso la corretta gestione delle convenzioni, con cui si attribuiscono a soggetti sicuramente privati e animati da fini di lucro beni del patrimonio pubblico, come gli impianti sportivi, senza fare degli inutili regali che danneggiano il patrimonio della collettività locale, senza nessun reale ritorno a favore della stessa. Gli enti locali possono e devono – nel rispetto del principio di economicità e del buon andamento dell'azione amministrativa – valorizzare al massimo delle loro possibilità i beni già in loro possesso o a loro disposizione, che abbiano la destinazione all'uso sportivo e ricreativo dei cittadini.

I comuni devono essere posti nella necessità di capire che consiste in un vero danno al loro patrimonio il pagamento di un canone irrisorio o palesemente sproporzionato rispetto ai valori del mercato di quell'ambito sportivo professionistico, rispetto a un ammortamento per l'acquisto o la realizzazione di un nuovo impianto, o all'ammortamento – almeno – dei lavori di straordinaria manutenzione che periodicamente devono essere fatti per evitare che gli impianti cadano in rovina.

L'ente pubblico non concede un aiuto allo sport giovanile e dilettantistico quando pratica condizioni estremamente vantaggiose, se non illecite, alle società sportive professionistiche, e se oltre a un canone "sproporzionato ai parametri suddetti" non riceve neppure altre forme di utilità pubbliche in cambio.

Quanto detto del canone concessorio non è certo una novità per il nostro ordinamento, che sin dal r.d. di comuni e province del 1934 prevedeva all'art. 290: "I beni patrimoniali comunali e provinciali devono di regola, essere dati in affitto".

Ai commi successivi della stessa norma si precisava inoltre che: "i fitti o i corrispettivi siano adeguati all'importanza dei beni e comunque non inferiori al carico delle imposte e sovrimeposte e delle spese di custodia e manutenzione sostenute dal comune per detti beni".

Altro principio imprescindibile e inderogabile è dunque quello che il dovere di pagare le spese di ordinaria manutenzione spetta alle società sportive quando sono concessionarie dell'impianto, lungi dal riversarsi le stesse in modo più o meno occulto sulle casse comu-

nali, e che di fronte a determinate situazioni vantaggiose per l'ente pubblico può essere opportuna anche la cessione (a condizioni di vantaggio per l'ente pubblico) dell'impianto stesso alla società sportiva (come è già stato fatto del resto anche in altri Stati europei come la Gran Bretagna).

L'abrogazione della norma del 1934 da parte della legge n. 142/1990 non ha certo lasciato un vuoto normativo o di principi in materia di gestione del patrimonio degli enti locali.

In contemporanea, e non certo in contrasto con la riforma degli enti locali, è entrata in vigore il 7 agosto 1990 la legge n. 241, che imponeva come principio generale e vincolante per l'attività delle pubbliche amministrazioni i criteri dell'economicità, dell'efficacia e dell'efficienza, che certamente devono avere il massimo rispetto anche nell'attività regolamentare e contrattuale degli enti locali che riguardi il patrimonio.

Anche il d.lgs. n. 77/1995 (Ordinamento finanziario degli enti locali) agli artt. 35-41 tra i principi contabili di gestione e poi il t.u. degli enti locali (Principi di gestione e controllo di gestione – artt. 191-198) prevedono “La corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione”, che certamente devono applicarsi anche ai beni patrimoniali dell'ente. Né d'altronde appare comprensibile e razionale il motivo per cui un ente, nell'ambito di una concessione-contratto (ossia di una convenzione *iure privatorum*), debba essere posto in una situazione peggiore rispetto sia a quella in

cui si trova il locatore (art. 1577 c.c.) rispetto al locatario, sia il “nudo proprietario” rispetto all'usufruttuario (art. 1005 c.c.), per quanto riguarda la ripartizione delle spese di ordinaria e straordinaria manutenzione.

Se, infine, la sproporzione dell'importo del canone percepito dall'ente locale o l'anomala ripartizione delle spese con maggiore onere a carico dell'ente realizzasse una sorta di elargizione a favore di soggetti terzi, in taluni casi del tutto immotivata per quanto sopra detto, si verificherebbe in ogni caso una violazione del principio di trasparenza nelle attività amministrative, e in particolare a favore di quelle di tipo assistenziale e benefico che ha previsto la stessa legge 241/1990.

L'ente locale e l'ente pubblico in genere hanno in sostanza il dovere di usare la massima trasparenza nell'erogazione dei loro aiuti allo sport e alle organizzazioni sportive, laddove queste ne abbiano effettivamente bisogno, cosa che lascia alquanto perplessi quando i beneficiari degli aiuti siano delle vere e proprie società commerciali ben in grado di finanziarsi con le proprie risorse.

Non può usarsi il *nomen* di un contratto di concessione dell'impianto comunale che prevede il pagamento all'ente pubblico di un corrispettivo per realizzare, con una sua applicazione parziale o distorta, delle donazioni a favore del concessionario.

Le liberalità hanno una loro precisa e diversa regolamentazione disciplinata da leggi e regolamenti comunali, e in base a queste disposizioni devono essere attuate in modo trasparente rispetto alle minoranze consiliari e alla stessa collettività.

La gestione degli impianti sportivi comunali

di Eva Contino

Le spese per il mantenimento degli impianti sportivi comunali (palestre, campi da calcio, piscine, ecc.) sono, per qualsiasi amministrazione comunale, una voce spesso piuttosto rilevante del bilancio. Si tratta infatti di strutture sottoposte a una intensa usura, che necessitano di servizi di custodia e pulizia pressoché quotidiani, interventi manutentivi onerosi (si pensi solamente allo sfalcio, alla segnature, rullatura, trasemina e alle altre operazioni necessarie alla buona conservazione di un campo in erba per il gioco del calcio), comportano spesso ingenti consumi con riferimento alle utenze (elettricità, acqua, riscaldamento) e, soprattutto, sono oggetto di costante controllo da parte della esigentissima categoria degli utenti-sportivi.

A differenza degli impianti privati, inoltre, quelli comunali assolvono alla funzione di promuovere e incentivare la pratica sportiva dei giovani, degli anziani, dei disabili, e sono il punto di riferimento delle associazioni sportive che operano sul territorio: per tale ragione le tariffe applicate agli utenti sono, di norma, relativamente modeste e comunque raramente sufficienti a coprire gli interi costi di gestione. Siamo di fronte, in altre parole, a un vero e proprio servizio pubblico.

Le forme di gestione, pertanto, possono essere diverse: le più comuni sono, come è noto, la gestione diretta e la concessione.

La prima consiste nel sostenere direttamente tutte le utenze e le altre spese di gestione, stipulando di norma appositi contratti per la fornitura dei vari servizi (custodia, pulizia, manutenzione del verde, ecc), assegnando gli spazi agli utenti e introitando le tariffe versate da questi ultimi.

La seconda prevede l'affidamento della gestione a un soggetto terzo, che dovrà mantenere l'impianto in condizioni di efficienza, sostenere le spese ordinarie (utenze, manutenzioni periodiche), assegnare gli spazi agli utenti e riscuotere le tariffe. Di norma tale forma di gestione presuppone che l'impianto, per natura, sia in grado di generare un reddito sufficiente a coprire le spese e assicurare un utile d'impresa, circostanza che, come abbiamo detto, è piut-

tosto infrequente soprattutto per impianti come palestre e campi sportivi.

Proprio per questo l'art. 30 del codice dei contratti pubblici (d.lgs.163/2006), nel dettare una disciplina specifica per l'affidamento dei servizi pubblici (una procedura negoziata con almeno cinque soggetti), dispone che l'amministrazione possa prevedere, accanto alla remunerazione derivante dalla gestione del servizio, anche un prezzo da corrispondere al concessionario quando questo sia necessario ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario della concessione.

Questa norma tuttavia va conciliata con un'altra importante disposizione relativa alla gestione degli impianti sportivi locali: l'art. 25, comma 90, della l. 289/2002, infatti, fa riferimento al dovere di "preferire", nell'assegnazione, le società sportive utilizzatrici. In sostanza, il principio (condivisibile) è quello che nessuno possa gestire un impianto meglio di chi materialmente lo utilizza, anche perché questa soluzione tendenzialmente minimizza il conflitto tra utilizzatori e comune proprietario.

Ecco che, per gli impianti sportivi locali a bassa redditività, l'affidamento alla società sportiva che maggiormente ne fruisce sembra essere il punto di equilibrio tra la necessità dell'ente locale di sostenere spese certe e quella degli sportivi che desiderano praticare lo sport in strutture efficienti e pulite.

Il superamento dell'art. 30 del codice De Lise è possibile considerando che, di fatto, l'oggetto del contratto che si stipula con l'associazione sportiva non è tanto la gestione dell'impianto quanto il suo diretto utilizzo, al quale la gestione ordinaria si affianca come attività accessoria all'utilizzo. Senza dimenticare che le associazioni sportive possono di solito contare su una rete di cittadini volontari e appassionati che contribuiscono, con la propria attività, ad abbattere i costi di gestione.

Molta giurisprudenza amministrativa ha già avallato tale formula. In questo numero del formulario analizzeremo una bozza dell'atto di affidamento dell'impianto sportivo all'associazione sportiva utilizzatrice e i principali contenuti della relativa convenzione.



Comune di..... (Provincia di.....)

Concessione in uso dell'impianto alla società sportiva approvazione convenzione

IL DIRIGENTE DEL SETTORE

PREMESSO che il Comune di è proprietario dell'impianto sportivo destinato a

RILEVATO che è necessario valutare la modalità di gestione di detto impianto, dando atto che lo stesso è qualificabile come "bene patrimoniale indisponibile" e pertanto esclusivamente suscettibile di concessioni amministrative;

Si veda l'art. 826 c.c.

RITENUTO necessario considerare i seguenti aspetti: che rispetto all'impianto in oggetto la concessione dell'utilizzo appare prevalente rispetto alla concessione della gestione, che risulta del tutto accessoria rispetto alla prima; che gli introiti derivanti dall'applicazione delle tariffe stabilite dall'amministrazione non permette una sufficiente redditività dell'impianto; che la giurisprudenza amministrativa (per esempio T.A.R. Lombardia, sez. III, n. 4880/2001; Consiglio di Stato, sez. V, n. 5671/2002), nell'escludere che l'affidamento della gestione di un impianto sportivo sia sempre configurabile come appalto pubblico di servizi, ha ritenuto ammissibile che alla concessione del godimento dell'impianto sportivo si accompagni anche il diretto affidamento delle attività connesse in quanto accessorie (manutenzione ordinaria, custodia e pulizia, gestione dei manufatti pubblicitari);

ATTESO che l'impianto comunale è utilizzato in modo esclusivo dalle società sportive del territorio ed in particolare - dalla società ".....", la cui prima squadra milita in; - dalla società ".....", la cui prima squadra milita in; - dalla società ".....", che lo utilizza per la sola attività di allenamento; e che il medesimo è utilizzato in modo occasionale anche da questo comune per lo svolgimento di proprie manifestazioni o di altre attività in accordo con le istituzioni scolastiche;

La giurisprudenza citata ha affermato che è ragionevole individuare nella squadra di "maggior richiamo" il soggetto cui affidare le attività accessorie all'uso degli impianti.

RILEVATO che l'utilizzatore principale degli impianti è oggi individuabile nella Società, che milita nella serie più elevata, ed utilizza gli spazi per oltre il% del potenziale utilizzo;

ATTESO che la Società con la nota prot. del ha dichiarato la propria disponibilità a gestire l'impianto che utilizza;

Si veda l'art. 90, comma 24, della l. 289/2002, che recita "L'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali è aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive".

RITENUTO per tali ragioni opportuno affidare a la concessione in uso dell'impianto in oggetto, pur con prescrizioni tali da assicurare il contemperamento delle esigenze degli altri utilizzatori;

RICHIAMATO l'art. 90, comma 25, della l. 289/2002 che dispone che "nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso";

ATTESO che l'utilizzo sarà concesso dietro pagamento di un canone, e con la fissazione di tutti i diritti e gli obblighi derivanti dalla concessione, ivi compresa la gestione ordinaria degli impianti in quanto tale attività assume un rilievo meramente accessoria all'utilizzo, attraverso la sottoscrizione della convenzione allegata sub A) che indichi:

Il canone da versare al comune è soggetto a Iva (Agenzia delle entrate, risoluzione 292/E del 10.7.2008).

- a) l'ammontare del canone di utilizzo annuale;
- b) gli obblighi manutentivi connessi alla gestione;
- c) l'ammontare del concorso del comune alle spese di gestione, anche a fronte dell'utilizzo degli impianti per scopi istituzionali;
- d) le garanzie per l'utilizzo degli impianti da parte delle altre società sportive del territorio;
- e) il diritto del gestore di incamerare le entrate derivanti dagli impianti (canoni di utilizzo da parte di soggetti terzi, introiti pubblicitari, ecc.);

RICHIAMATO l'art. 107 d.lgs. 267/2000;

VISTO il bilancio di previsione 2009 e pluriennale 2009-2011, approvato con delibera del c.c. n. del

DETERMINA

1. di concedere alla Società l'utilizzo dell'impianto sportivo comunale per lo svolgimento dei relativi incontri ed allenamenti, con decorrenza e sino al
2. di affidare alla Società, per le ragioni espresse in premessa, anche la gestione degli impianti interessati in quanto meramente accessoria rispetto all'utilizzo;
3. di approvare a tale scopo la convenzione allegata sub A);
4. di introdurre il canone di concessione come segue
5. di impegnare la somma di euro imputandola al bilancio 2009 cap.

Allegato A)

Concessione dell'uso e della gestione dell'impianto sportivo comunale

L'anno (.....) il giorno ... (....) del mese di dicembre, in nella Casa comunale in, sono presenti i Signori:

– Dott....., Dirigente del Settore del Comune di, il quale interviene in questo atto in nome, per conto e nell'esclusivo interesse del COMUNE di, codice fiscale, che rappresenta ai sensi dell'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267/2000 e dell'art. dello statuto comunale

– Sig....., nato a il, il quale interviene in questo atto in qualità di della Società con sede legale in (.....), via, codice fiscale che nel prosieguo dell'atto verrà chiamato per brevità anche "utilizzatore".

Detti comparenti

PREMETTONO:

- Che con determinazione n. del si è disposta la concessione in uso dell'impianto sportivo comunale alla Società, per lo svolgimento dei suoi incontri ed allenamenti, affidando di conseguenza anche la gestione degli impianti stessi.

Ciò premesso e ritenuto quale parte integrante e sostanziale del presente contratto le parti, come sopra costituite,



CONVENGONO E STIPULANO QUANTO SEGUE:

Articolo 1. Oggetto della convenzione

Oggetto del contratto è la concessione in uso dell'impianto sportivo comunale in oggetto, consistente in

Descrivere brevemente la consistenza dell'impianto, allegando eventuali planimetrie, citando dati catastali, ecc.

Articolo 2. Durata della concessione in uso

La concessione decorrerà dal al

Il comune potrà revocare in qualunque momento la concessione, a semplice richiesta, nel caso in cui ai manufatti e agli impianti venga data una destinazione diversa da quella citata definita nell'atto di concessione, o in caso di gravi difficoltà funzionali dello stesso, senza dover corrispondere alcun indennizzo o compenso a qualsiasi titolo. Per la revoca, salvo non ostino gravi motivi oggettivi, dovrà essere rispettato un preavviso di sei mesi. In detto caso il complesso dovrà essere restituito al comune entro trenta giorni dalla richiesta, nello stato in cui si trovava al momento della concessione, libero da persone o cose.

Articolo 3. Consegna degli impianti

Gli immobili sono consegnati all'utilizzatore nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, noti allo stesso.

L'utilizzatore ha facoltà di provvedere, a proprie cura e spese, alla sostituzione delle serrature d'ingresso degli impianti, comunicandolo contestualmente al comune, cui dovrà essere immediatamente fornita copia delle nuove chiavi.

Articolo 4. Utilizzo degli impianti – garanzie per le società sportive del territorio

Gli impianti dovranno essere utilizzati secondo la destinazione loro propria per lo svolgimento degli allenamenti e degli incontri dell'utilizzatore.

L'utilizzatore si impegna a consentire l'utilizzo degli impianti, dietro pagamento e introito di un corrispettivo pari alla tariffa stabilita dall'amministrazione comunale, alle Società sportive, con frequenza e orari concordati con le società medesime. In caso di mancato accordo o di violazione di quanto stabilito, il comune si riserva di revocare la presente concessione con effetto immediato. Altre richieste per l'utilizzo degli impianti saranno valutate dall'utilizzatore e soddisfatte secondo un criterio di parità di trattamento e pubblicità dell'utilizzo degli impianti, privilegiando le richieste di società sportive del territorio.

A garanzia degli altri utilizzatori "minori" è possibile sancire il loro diritto all'interno della convenzione.

Va inoltre assicurato lo svolgimento delle attività in collaborazione con le scuole, gli altri servizi comunali e degli eventi sportivi curati o promossi dal Comune di, con le modalità di cui al successivo art. 10.

Le società sopraccitate avranno la facoltà, previo accordo con l'utilizzatore e nel rispetto del principio di parità di trattamento e ragionevolezza, di depositare presso appositi spazi l'attrezzatura di proprietà necessaria alla propria attività sportiva e di utilizzare spazi per comunicazioni di tipo sportivo per i propri iscritti, quali bacheche ecc., che dovranno essere installate a cura e spese di ciascun utilizzatore.

Ovviamente il tipo di manutenzione ordinaria necessaria sarà diversa a seconda della tipologia di impianto interessato: in questo caso si parla di un campo per il gioco del calcio.

Articolo 5. Gestione ordinaria degli impianti

L'utilizzatore avrà il diritto/dovere di gestire gli impianti secondo quanto previsto dalla presente convenzione, mantenendoli in perfetta efficienza.

In particolare dovrà essere assicurata:

- 1) l'apertura e la chiusura degli impianti, assicurando poi la presenza di un incaricato per tutto il periodo di apertura e di utilizzo, anche da parte dell'amministrazione o delle scuole o di altri soggetti autorizzati;
- 2) la pulizia giornaliera con idonei prodotti igienizzanti degli edifici e di tutte le pertinenze degli impianti dopo ciascun utilizzo, ivi compresa la fornitura dei prodotti e dei materiali necessari;
- 3) pulitura con cadenza bimestrale delle superfici vetrate;
- 4) pulizia straordinaria di tutti i locali almeno due volte l'anno;

5) la spazzatura giornaliera delle aree pavimentate e la pulizia delle tribune prima dell'inizio di ciascun incontro o gara; sono altresì a carico dell'utilizzatore lo sgombero neve e la pulizia dei marciapiedi perimetrali dell'impianto;

6) lo sfalcio e la manutenzione delle aree verdi di pertinenza (siepi, alberature, ecc) oltre alla cura del manto erboso dei campi da gioco, comprensiva di:

- irrigazione
- sfalcio erba, con le cadenze adeguate ad assicurare la perfetta fruibilità dei campi da gioco, assicurando lo smaltimento del materiale di risulta negli appositi spazi;
- segnatura dei campi prima di ciascun incontro;
- rullatura;
- diserbo selettivo con cadenze appropriate e utilizzando prodotti appropriati;
- sistemazione delle zolle e risemina parziale nelle zone usurate dopo ciascun incontro, ove necessario;

secondo quanto previsto nell'allegato A):

7) l'esecuzione degli interventi di manutenzione ordinaria e programmata, sull'impianto elettrico, termoidraulico, di irrigazione e sugli impianti antincendio e di sicurezza compresa la fornitura dei materiali necessari, come indicato nell'allegato B);

di tutti gli interventi e i controlli dovrà essere riportata prova in apposito "Registro degli interventi e dei controlli" da tenere sempre aggiornato e da consegnare al comune al termine di ciascun semestre e comunque al termine del periodo di affidamento, come indicato nell'allegato C);

8) l'adozione di un piano di mantenimento delle condizioni di sicurezza per le attività sportive con presenza di pubblico in impianti con capienza superiore a cento spettatori, ai sensi del d.m. 18.3.1996 e s.m.i. e di un piano di emergenza redatto ai sensi del d.m. 18.3.1996 e s.m.i. e del d.m. 10.3.1998 e s.m.i.

9) il supporto tecnico e organizzativo per consentire al comune il rinnovo o l'integrazione delle pratiche di prevenzione incendi e delle altre eventuali documentazioni previste per legge a carico del comune;

10) lo svolgimento di un servizio di reperibilità per la segnalazione di guasti e per l'assistenza agli interventi urgenti e/o programmati sull'impianto idraulico, termico, elettrico.

Inoltre l'utilizzatore dovrà:

- a) vigilare sul corretto uso dell'impianto da parte degli atleti, dei dirigenti, degli spettatori, ecc., comunicando al comune eventuali violazioni o comportamenti dannosi posti in essere dai medesimi;
- b) segnalare o riportare tempestivamente al comune le segnalazioni relative a eventuali danni e/o guasti agli impianti;
- c) consentire l'ingresso a tutti i soggetti autorizzati dal comune con lo scopo di effettuare lavori e servizi presso gli impianti, assicurando agli stessi la necessaria assistenza.

Articolo 6. Facoltà e obblighi del comune. Contributo alle spese di gestione degli impianti

Il comune ha facoltà di vigilare sull'utilizzo e la gestione degli impianti attraverso il proprio personale.

In relazione all'utilizzo degli impianti per finalità istituzionali e di interesse pubblico di cui all'art. 10, il comune erogherà all'utilizzatore un corrispettivo annuale di euro Iva che saranno versate

Articolo 7. Canone di utilizzo

Oltre al diretto sostegno degli oneri connessi con la gestione ordinaria degli impianti, l'utilizzatore verserà al comune un canone annuo di utilizzo di euro oltre Iva, da versare al comune in due rate uguali, la prima entro il 30 giugno e la seconda entro il 31 dicembre di ciascun anno.

Articolo 8. UtENZE

Gli oneri di conduzione relativi alle forniture di energia elettrica e acqua sono interamente a carico dell'utilizzatore .

La manutenzione straordinaria, invece, spetta al comune proprietario.

È utile che il comune descriva la tipologia e la cadenza degli interventi di manutenzione ordinaria e programmata sugli impianti tecnologici.

A fronte di un utilizzo anche per scopi "istituzionali" (manifestazioni comunali, delle scuole, ecc.) è necessario prevedere un corrispettivo anche da parte del comune, che peraltro è utile anche ad assicurare quella sostenibilità economica della gestione che l'esiguità delle tariffe applicate agli altri utilizzatori non agevola.



Tutte le spese di conduzione, tra le quali quelle relative al telefono, alla tassa rifiuti ed alla pulizia dell'intero immobile, alle imposte applicate a qualsiasi titolo, saranno anch'esse a carico dell'utilizzatore. Il costo del riscaldamento e la conduzione dell'impianto termico sono a carico dell'utilizzatore il quale dovrà ottemperare a tutte le norme previste dal d.P.R. 412/93 e successive modifiche e integrazioni. Il concessionario si impegna a volturare tutte le utenze a contatore a proprio carico, entro trenta giorni dalla stipula del presente contratto, trasmettendone immediatamente copia al comune.

Articolo 9. Tariffe. Introiti da altri utilizzatori

Per l'utilizzo degli impianti e delle strutture l'utilizzatore applicherà e introiterà le tariffe approvate dalla giunta comunale per gli impianti gestiti direttamente. A tale scopo l'utilizzatore è direttamente responsabile del monitoraggio degli utilizzi da parte di ciascun soggetto autorizzato. Tali tariffe saranno oggetto di aggiornamento Istat all'inizio di ciascun anno sportivo (1° settembre).

Le quote di cui sopra saranno introitate dall'utilizzatore a parziale copertura delle spese di gestione, nel rispetto delle normative in materia fiscale.

Il comune non assume alcuna responsabilità per introiti inferiori alle previsioni, derivanti da un minore utilizzo degli impianti o dal mancato pagamento da parte dei soggetti utilizzatori.

Articolo 10. Utilizzo del comune per finalità istituzionali e sociali

L'utilizzatore metterà gli impianti a disposizione gratuita del comune, delle scuole cittadine e degli altri soggetti che organizzano iniziative e attività in collaborazione con il comune previo adeguato preavviso (almeno dieci giorni) e accordi per assicurare la compatibilità degli utilizzi richiesti con le attività ordinarie dell'utilizzatore e degli altri soggetti autorizzati.

In particolare dovrà essere assicurato l'utilizzo dell'impianto :.....
 Con riferimento all'utilizzo degli impianti da parte del comune, l'utilizzatore dovrà assicurare tutte le prestazioni di cui all'art. 5, e in particolare apertura, chiusura e pulizia degli impianti prima e dopo l'utilizzo.

Specificare per quali iniziative e per quante giornate il comune si riserva l'utilizzo dell'impianto.

Articolo 11. Personale

L'utilizzatore provvederà alla custodia e alla vigilanza del complesso sportivo, degli impianti, delle attrezzature ivi depositate nonché all'apertura e chiusura dello stesso mediante proprio idoneo personale dipendente o volontario. L'utilizzatore si assumerà, in via diretta ed esclusiva, ogni responsabilità civile e penale derivante dall'operato, anche omissivo, delle persone designate per la vigilanza e per qualsiasi azione o intervento effettuato, che sia causa di danno alla funzionalità degli impianti o alle attrezzature.

L'utilizzatore garantisce che i propri incaricati alla gestione saranno dotati di adeguata copertura assicurativa.

È noto che le associazioni sportive locali si avvalgono dell'opera di molti volontari e semplici appassionati, e per tale ragione è necessario che gli stessi siano quantomeno assicurati contro gli infortuni.

Articolo 12. Pubblicità e segnaletica

La pubblicità all'interno della struttura sarà consentita, su richiesta dell'utilizzatore, previo pagamento delle imposte e tasse previste dalla normativa vigente e nulla osta del Comune di Gli introiti derivanti dalla pubblicità saranno incamerati dell'utilizzatore medesimo.

L'amministrazione si riserva la facoltà di fare installare, durante lo svolgimento delle proprie manifestazioni, impianti pubblicitari (cartelloni, cassonetti, poster, ecc., di cui al d.lgs. n. 507 del 15.11.1993) il cui contenuto non sia in contrasto con l'attività eventualmente svolta dall'utilizzatore e senza che ciò comporti alcun corrispettivo per l'utilizzatore stesso.

Si veda in particolare la citata sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5671/2002.

Articolo 13. Obblighi assicurativi

L'utilizzatore ha stipulato apposita polizza assicurativa con che garantisca tutti i frequentatori per danni o incidenti alle cose, alle persone e alla struttura, con massimale pari a euro 1.000.000 per responsabilità civile verso terzi, in caso di infortunio e/o morte.

L'utilizzatore risponderà di tutti i fatti di gestione e del comportamento del proprio personale o di altri cittadini presenti nell'impianto a vario titolo a seconda delle mansioni assunte e si obbliga a tenere l'amministrazione sollevata ed indenne da qualsiasi responsabilità, civile e penale, o azione presente o futura, per danni di qualsiasi genere, comunque derivanti, anche nei confronti di terzi, per effetto della presente convenzione.

Articolo 14. Norme in materia di sicurezza e di tutela ambientale

Al fine di tutelare la sicurezza e la salute delle persone l'utilizzatore è tenuto a rispettare le vigenti norme in materia di sicurezza e salute ed in particolare il d.lgs. 626/94 e s.m.i., il d.m. 10.3.1998 e ss.mm. e il d.m. 18.3.1996 e ss.mm.

Sarà onere dell'utilizzatore, a ogni effetto di responsabilità civile e penale per danni a persone, cose e animali, far rispettare le norme vigenti in materia di sicurezza, nonché fornire ai soggetti che richiederanno l'uso delle strutture ogni specifica informazione e supporto (anche tramite apposita modulistica) per agevolare la conoscenza e l'applicazione delle norme di corretto utilizzo e di sicurezza.

L'utilizzatore sarà ritenuto responsabile dell'attività che si svolge negli impianti; a tale scopo il comune mette a disposizione la documentazione indicata nell'appendice dell'allegato D).

Per gli eventi organizzati dagli altri utilizzatori (ivi compreso il comune), sarà onere dell'utilizzatore richiedere al soggetto organizzatore l'indicazione dei responsabili della manifestazione e della squadra di pronto intervento e attuare le opportune azioni per far rispettare le prescrizioni in materia di sicurezza.

Inoltre l'utilizzatore dovrà porre in essere ogni accorgimento atto a evitare sprechi di gas, energia elettrica e acqua, oltre a smaltire i rifiuti derivanti dalla gestione dell'impianto nel rispetto delle vigenti normative in materia.

Articolo 15. Punto di ristoro

Ove l'utilizzatore decida di attivare un servizio ristoro all'interno dell'impianto, potrà gestirlo direttamente o affidarlo a terzi, nel rispetto di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalle norme applicabili in materia, fornito di regolare autorizzazione; nel caso di affidamento a terzi l'utilizzatore dovrà darne opportuna e tempestiva comunicazione all'amministrazione per il preventivo nulla osta. Gli introiti derivanti direttamente o indirettamente dall'esercizio dell'attività di somministrazione saranno incamerati dall'utilizzatore.

L'autorizzazione è vincolata, ai sensi dell'art. 3, comma 6, lett. d), legge 25 agosto 1991, n. 287, unicamente all'attività di somministrazione di alimenti e bevande riservata ai frequentatori dell'impianto.

Articolo 16. Controlli

Il personale comunale avrà libero accesso agli impianti per verifiche e controlli sulla gestione (attività, modalità di conduzione, ecc.) dell'impianto, sull'applicazione della convenzione, sullo stato manutentivo degli impianti. A seguito di tali controlli, in caso di riscontrate inadempienze e/o quant'altro che sia di nocimento all'efficienza e al buon funzionamento dell'impianto o che violi anche solo in parte quanto stabilito nella presente convenzione, saranno applicate le sanzioni previste dall'articolo 17 della presente convenzione.

Articolo 17. Sanzioni

Con riferimento agli obblighi dell'utilizzatore relativi alle manutenzioni, le saranno oggetto di contestazione ufficiale o diffida, con assegnazione di un termine di quindici giorni per provvedere; il terzo richiamo comporterà l'applicazione di una penale di euro 150 secondo quanto previsto dai commi successivi.

Nel caso di inadempienze più gravi in materia di manutenzioni quali, per esempio, quelle riguardanti le verifiche obbligatorie (quali a titolo esemplificativo la mancata verifica obbligatoria semestrale agli impianti di sicurezza, mancata verifica della centrale termica), verrà applicata una penale di euro 300 per ogni inadempienza e verrà contestualmente invitato l'affidatario a provvedere immediatamente a eseguire gli interventi segnalati; in

Agibilità, certificato di prevenzione incendi, piano di sicurezza, ecc.

Che recita: "I limiti numerici determinati ai sensi del comma 4 non si applicano per il rilascio delle autorizzazioni concernenti la somministrazione di alimenti e di bevande:

- a) al domicilio del consumatore;
- b) negli esercizi annessi ad alberghi, pensioni, locande o ad altri complessi ricettivi, limitatamente alle prestazioni rese agli alloggiati;
- c) negli esercizi posti nelle aree di servizio delle autostrade e nell'interno di stazioni ferroviarie, aeroportuali e marittime;
- d) negli esercizi di cui all'articolo 5, comma 1, lett. c), nei quali sia prevalente l'attività congiunta di trattenimento e svago;
- e) nelle mense aziendali e negli spacci annessi ai circoli cooperativi e degli enti a carattere nazionale le cui finalità assistenziali sono riconosciute dal Ministero dell'interno;
- f) esercitata in via diretta a favore dei propri dipendenti da amministrazioni, enti o imprese pubbliche;
- g) in scuole; in ospedali; in comunità religiose; in stabilimenti militari, delle forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco;
- h) nei mezzi di trasporto pubblico". Particolare attenzione va riservata anche alla normativa di carattere regionale sui pubblici esercizi.



caso contrario si procederà d'ufficio all'esecuzione degli interventi contestati addebitando gli interventi all'affidatario decurtando di pari importo il contributo spettante al gestore di cui all'art. 7.

In caso di inadempimenti diversi alla presente convenzione il comune diffiderà per iscritto il concessionario assegnandogli un termine per l'adempimento non inferiore a venti giorni. Ove l'inadempimento perduri il comune applicherà una penale di euro 500 che sarà detratta dal contributo di cui all'art. 7.

In caso di grave inadempimento a quanto disposto nella convenzione o dopo l'applicazione della terza penale, il comune potrà dichiarare, previa diffida e concessione di un termine non inferiore a venti giorni per adempiere, la revoca della concessione con effetto immediato e l'incameramento della cauzione, restando impregiudicata, in tutti i casi, la facoltà di richiesta di risarcimento danni.

Articolo 18. Recesso

L'utilizzatore ha facoltà di rinunciare all'utilizzo degli impianti, con obbligo di preavviso di mesi sei.

Articolo 19. Restituzione degli impianti

Alla scadenza della presente convenzione, o in caso di revoca anticipata della stessa o di rinuncia all'utilizzo, l'impianto sportivo dovrà essere riconsegnato in normale stato d'uso e libero da cose o persone entro trenta giorni. Tutte le migliorie eventualmente apportate dall'utilizzatore saranno ritenute dal Comune di

Articolo 20. Cauzione definitiva

A garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi previsti dalla presente convenzione, il concessionario ha costituito cauzione definitiva di euro Nel caso di inadempimento anche di una sola delle obbligazioni assunte dall'utilizzatore e fatti salvi i maggiori diritti del comune, sarà disposto l'incameramento della cauzione definitiva.

Articolo 21. Spese d'atto

Tutte le eventuali spese d'atto, di contratto, di registrazione e conseguenti saranno a carico dell'utilizzatore. ←

Il comune, ai sensi del d.lgs. 196/2003, informa l'utilizzatore che tratterà i dati, contenuti nel presente contratto, esclusivamente per lo svolgimento delle attività e per l'assolvimento degli obblighi previsti dalle leggi e dai regolamenti comunali in materia.

Letto, confermato e sottoscritto

Per il Comune di

Per la Società Sportiva.....

La convenzione è soggetta ad imposta di registro in misura fissa (Agenzia delle entrate, risoluzione 292/E del 10.7.2008)

È possibile, da parte di un ente pubblico, affidare direttamente, senza gara, un servizio in favore di una cooperativa sociale di tipo "a" per un importo non superiore a 100.000 euro?

La normativa: artt. 1 e 5 della legge n. 381/1991 e art. 20 del d.lgs. n. 163/2006

La risposta: è **affermativa**

Il quesito impinge su due precisi settori normativi o, *rectius*, fonti del diritto.

In primo luogo, come segnalato in sede di quesito, viene in rilievo il combinato disposto, costituito dagli **articoli 1 e 5, della legge n. 381/1991**. Secondo quanto espressamente previsto dall'articolo 1 della legge n. 381/1991, le cooperative sociali perseguono i loro fini(1), attraverso le seguenti attività:

gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, quali, ad esempio: centri diurni di aggregazione per ragazzi e per anziani, centri rieducativi per malati psichici, case alloggio, case famiglia, centri di accoglienza notturna, centri di ascolto, ludoteche, trasporto di persone disabili, strutture di assistenza domiciliare, ecc. (**cooperative sociali di tipo "a"**);

svolgimento di attività diverse, nel settore commerciale, agricolo, industriale ed artigianale, finalizzato all'inserimento dei soggetti svantaggiati, cioè di quelli rientranti in una di quelle categorie, elencate nell'articolo quattro della legge (2) (**cooperative sociali di tipo "b"**).

Sulla base delle indicate attività, si distinguono, allora, le cooperative di "tipo a" e di "tipo b". Dunque, alla tipologia "A" appartengono le cooperative che svolgono attività di gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; alla tipologia "b" le cooperative che svolgono attività diverse (agricole, commerciali, ecc.).

L'articolo 5 della legge n. 381/1991 prevede la possibilità dell'affidamento delle convenzioni in materia di forniture di beni e servizi, a eccezione di quelli socio-sanitari ed educativi, anche in deroga alla normativa in materia di contratti della pubblici, ma subordina espressamente siffatta deroga alla creazione di opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, appartenenti a una delle particolari categorie, indicate nell'articolo 4. Precisamente, in riferimento alle forniture e servizi di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, l'articolo 5 attribuisce alle stazioni appaltanti la facoltà di inserire, in sede di bando di gara, lettera di invito o capitolato speciale, una clausola che obblighi l'aggiudicatario a eseguire il contratto avvalendosi di "persone svantaggiate", con l'adozione di specifici programmi di recupero e di inserimento lavorativo. Viceversa, per le forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, è possibile, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici,

(1) L'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini.

(2) Invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, soggetti in trattamento psichiatrico, tossicodipendenti, alcolisti, minori in età lavorativa ed in situazione di difficoltà familiare, condannati ammessi a misure alternative alla detenzione.

Rubrica a cura di

Euro P.A.

SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Prodotti, tecnologie e servizi per la Pubblica Amministrazione

Fiera di Rimini

EuroP.A. è l'unico

appuntamento nazionale

interamente dedicato al mondo

delle Autonomie Locali, il punto

di incontro della P.A. Centrale

con la P.A. Locale

ed il luogo in cui le Aziende

ed i Consulenti incontrano

il grande mercato della

Pubblica Amministrazione.

EuroP.A. offre una ricca

rassegna espositiva e un articolato

programma di convegni e seminari

gratuiti per apprendere, confrontare

esperienze e conoscere strumenti

per "creare" innovazione

nelle Autonomie Locali.

Rubrica a cura di

Euro P.A.

SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Prodotti, tecnologie e servizi
per la Pubblica Amministrazione

Fiera di Rimini

EuroP.A. è l'unico

appuntamento nazionale

interamente dedicato al mondo

delle Autonomie Locali, il punto

di incontro della P.A. Centrale

con la P.A. Locale

ed il luogo in cui le Aziende

ed i Consulenti incontrano

il grande mercato della

Pubblica Amministrazione.

EuroP.A. offre una ricca

rassegna espositiva e un articolato

programma di convegni e seminari

gratuiti per apprendere, confrontare

esperienze e conoscere strumenti

per "creare" innovazione

nelle Autonomie Locali.

stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo "b", purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

Venendo alla nostra concreta fattispecie, occorre osservare quanto segue: le cooperative sociali di tipo "a" non fruiscono di alcuna deroga alla regola generale della gara, deroga, invece, prevista per le cooperative di tipo "b".

La seconda fonte normativa in materia è, invece, rappresentata dall'**articolo 20 del codice dei contratti pubblici** (d.lgs. n. 163/2006), che prevede quanto segue:

1. l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II-B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati);
2. gli appalti di servizi elencati nell'allegato II-A sono soggetti alle disposizioni del presente codice.

Orbene, essendosi in presenza di una cooperativa sociale di tipo "a", la problematica dell'affidamento riguarda, di conseguenza, i servizi socio-sanitari ed educativi. Siffatti servizi, a ben vedere, sono contenuti nell'indicato allegato II-B e, precisamente, ai numeri 25 ("servizi sanitari e sociali" e 26 ("servizi ricreativi, culturali e sportivi"). Come si è segnalato, l'articolo 20, al comma 1, stabilisce che determinati servizi, cioè quelli di cui all'allegato II-B, fra cui quelli in fattispecie, sono disciplinati, per tutto quanto concerne la procedura di aggiudicazione, esclusivamente da tre soli articoli del codice: il 68, in materia di specifiche tecniche, il 65, in materia di avviso sui risultati della procedura di affidamento, il 225, in materia di avvisi relativi agli appalti aggiudicati. **Da tale disposizione normativa si potrebbe arguire che sia possibile affidare direttamente i servizi in questione (quelli elencati nell'allegato II-B).**

Invero, ad avviso di autorevole dottrina (3), anche per gli indicati appalti trova applicazione la regola generale, prevista dall'articolo 27 del codice dei contratti pubblici, secondo cui l'affidamento dei contratti pubblici, aventi come oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Tuttavia la giurisprudenza, almeno per quanto concerne le modalità di pubblicazione, stabilisce che gli appalti in esame non sono assoggettati a tale regola.

Infatti, il T.A.R. Campania (4) ha affermato che "per i servizi sanitari e sociali non sussiste il preteso obbligo di pubblicazione sulla G.U.C.E.". Ancor più chiaramente, il T.A.R. Puglia (5) statuisce, in riferimento al servizio di ristorazione (rientrante nell'allegato II-B al numero 17), che "non trovano applicazione le disposizioni relative alle modalità di pubblicazione dei bandi e ai relativi tempi posti dall'articolo 70". Pertanto l'orientamento della giurisprudenza sembra essere chiaro: gli appalti dei servizi, ricompresi nell'allegato II-B, non sono soggetti, sicuramente, alle modalità ordinarie di pubblicazione, previste dal codice in linea generale.

Ovviamente, discorso diverso concerne la possibilità di affidare direttamente il servizio, che implica una chiara deroga alla concorrenza. A ogni modo, non è senza significato il fatto che l'articolo 20 del codice dei contratti pubblici faccia riferimento solo a tre precise norme e nulla più.

(3) BALDI M., *Art. 27 - Principi relativi ai contratti esclusi*, in BALDI M., TOMEI R. (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 620.

(4) T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 luglio 2006, n. 943.

(5) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 30 marzo 2007, n. 1333.



a cura del dott. **Francesco Savelli** e dell'avv. **Francesca Palazzi**

**normativa
giurisprudenza
circolari & pareri
quesiti**

normativa

G.U. DAL 16 MARZO AL 15 MAGGIO 2009

Decreto del Presidente della Repubblica 14 gennaio 2009

Autorizzazione alle amministrazioni e agli enti pubblici non economici ad assumere unità di personale a tempo indeterminato, ai sensi dell'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449
(G.U. del 16 marzo 2009, n. 62)

Comunicato Presidenza del Consiglio dei Ministri

Avviso per il finanziamento di progetti, presentati dalle università statali e non statali legalmente riconosciute, finalizzati alla digitalizzazione di servizi, processi e flussi informativi - iniziativa «ICT4University - Università digitale»
(G.U. del 16 marzo 2009, n. 62)

Decreto Ministero dell'interno 10 marzo 2009

Ripartizione delle risorse del Fondo europeo per i rimpatri. Annualità 2008
(G.U. del 17 marzo 2009, n. 63)

Decreto Ministero dell'interno 10 marzo 2009

Adozione degli avvisi pubblici per la presentazione di progetti a valenza territoriale finanziati a valere del Fondo europeo per i rimpatri. Annualità 2008
(G.U. del 17 marzo 2009, n. 63)

Decreto Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca 5 marzo 2009

Ripartizione delle risorse finanziarie, a favore delle regioni, finalizzate alla realizzazione dei piani di edilizia scolastica
(G.U. del 17 marzo 2009, n. 63)

Determinazione Autorità per la vigilanza sui controlli pubblici di lavori, servizi e forniture 25 febbraio 2009

Affidamento degli incarichi di collaudo di lavori pubblici a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152. (Determinazione n. 2)
(G.U. del 18 marzo 2009, n. 64)

Decreto Ministero dell'interno 11 marzo 2009

Disposizioni in materia di certificazione

sui mutui contratti dagli enti locali nell'anno 2008
(G.U. del 19 marzo 2009, n. 65)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 12 febbraio 2009

Attuazione dall'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, in materia di tipologie di beni e servizi oggetto di acquisti tramite Consip S.p.A.
(G.U. del 19 marzo 2009, n. 65)

Circolare Ministero dell'economia e delle finanze 11 marzo 2009, n. 19677

Istruzioni applicative in materia di depositi dormienti
(G.U. del 19 marzo 2009, n. 65)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 marzo 2009

Disposizioni urgenti di protezione civile. (Ordinanza n. 3746)
(G.U. del 20 marzo 2009, n. 66)

Circolare Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 24 febbraio 2009, n. 18743

Programma delle gare motoristiche su strada da svolgersi nel corso dell'anno 2009
(G.U. del 20 marzo 2009, n. 66)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 20 febbraio 2009

Rideterminazione del tasso di interesse da corrispondere sulle somme versate sulle contabilità speciali fruttifere degli enti ed organismi pubblici
(G.U. del 21 marzo 2009, n. 67)

Decreto Ministero dell'interno 12 febbraio 2009

Fissazione della misura del rimborso delle spese sostenute dagli amministratori locali in occasione delle missioni istituzionali
(G.U. del 21 marzo 2009, n. 67)

Comunicato Ministero dell'interno

Provvedimenti concernenti enti locali in condizione di dissesto finanziario
(G.U. del 21 marzo 2009, n. 67)

Ordinanza Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 3 marzo 2009

Ordinanza contingibile ed urgente concernente la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani
(G.U. del 23 marzo 2009, n. 68)

Decreto legislativo 24 febbraio 2009, n. 24

Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (Ce) n. 1107/2006 relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo
(G.U. del 24 marzo 2009, n. 69)

Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie, 18 dicembre 2008

Individuazione e finanziamento di progetti strategici di natura informatica ai sensi dell'articolo 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3
(G.U. del 24 marzo 2009, n. 69)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 febbraio 2009

Prontuario concernente la disciplina dei rapporti tra enti e volontari del servizio civile nazionale
(G.U. del 25 marzo 2009, n. 70)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 marzo 2009

Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania. (Ordinanza n. 3748)
(G.U. del 25 marzo 2009, n. 70)

Decreto Ministero dell'interno 12 marzo 2009

Avvisi pubblici per la presentazione di progetti finanziati dal Fondo europeo per i rifugiati 2008-2013
(G.U. del 25 marzo 2009, n. 70)

Deliberazione Comitato interministeriale per la programmazione economica 18 dicembre 2008

Direttiva per l'adeguamento delle tariffe per i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione. (Deliberazione n. 117/2008)
(G.U. del 26 marzo 2009, n. 71)

Deliberazione Comitato interministeriale per la programmazione economica 18 dicembre 2008

Aggiornamento programma statistico nazionale 2008-2010, per il biennio 2009-2010. (Deliberazione n. 118/2008)
(G.U. del 26 marzo 2009, n. 71)

Comunicato Garante per la protezione dei dati personali

Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario
(G.U. del 26 marzo 2009, n. 71)

Decreto Ministero della giustizia 20 gennaio 2009

Adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato
(G.U. del 27 marzo 2009, n. 72)

Decreto Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 21 novembre 2008

Destinazione di risorse finanziarie al finanziamento di iniziative finalizzate al diritto-dovere di istruzione e formazione
(G.U. del 28 marzo 2009, n. 73)

Deliberazione Comitato interministeriale per la programmazione economica 18 dicembre 2008

Piano nazionale della sicurezza stradale (articolo 32, legge n. 144/1999). Quarto e quinto programma di attuazione. (Deliberazione n. 108/2008)
(G.U. del 28 marzo 2009, n. 73)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 25 marzo 2009

Approvazione del nuovo modello di bollettino di conto corrente postale per il versamento dell'Imposta comunale sugli immobili (Ici)
(G.U. del 30 marzo 2009, n. 74)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 23 marzo 2009

Aggiornamento dei coefficienti per la determinazione del valore dei fabbricati di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, agli effetti dell'imposta comunale sugli immobili (Ici) dovuta per l'anno 2009
(G.U. del 31 marzo 2009, n. 75)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 25 marzo 2009

Approvazione del nuovo modello di bollettino di conto corrente postale per il

versamento dell'imposta di scopo per la realizzazione di opere pubbliche (Iscop)
(G.U. del 31 marzo 2009, n. 75)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 25 marzo 2009

Approvazione del nuovo modello di bollettino di conto corrente postale per il versamento dei tributi accertati, degli interessi, delle sanzioni, nonché delle somme dovute a titolo di conciliazione giudiziale e di accertamento con adesione
(G.U. dell'1 aprile 2009, n. 76)

Decreto del Presidente della Repubblica 18 febbraio 2009, n. 28

Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2006, n. 254, concernente disciplina del risarcimento diretto dei danni derivanti dalla circolazione stradale
(G.U. del 2 aprile 2009, n. 77)

Decreto Ministero dello sviluppo economico 14 gennaio 2009

Linee di indirizzo per l'attività promozionale 2008-2010
(G.U. del 2 aprile 2009, n. 77)

Decreto Ministero dell'interno 26 marzo 2009

Ulteriore proroga del termine per la deliberazione del bilancio di previsione degli enti locali per l'anno 2009
(G.U. del 3 aprile 2009, n. 78)

Decreto legislativo 16 marzo 2009, n. 30

Attuazione della direttiva 2006/118/Ce, relativa alla protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento e dal deterioramento
(G.U. del 4 aprile 2009, n. 79)

Decreto del Presidente della Repubblica 9 febbraio 2009

Elenco delle rilevazioni statistiche, per le quali la mancata fornitura dei dati, per l'anno 2009, configura violazione dell'obbligo di risposta, a norma dell'articolo 7 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322
(G.U. del 6 aprile 2009, n. 80)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 aprile 2009

Dichiarazione dell'eccezionale rischio di compromissione degli interessi primari a causa del terremoto che ha interessato la provincia di L'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-

legge 4 novembre 2002, n. 245, convertito con modificazioni dall'articolo 1 della legge 27 dicembre 2002, n. 286. (09A03967)
(G.U. del 6 aprile 2009, n. 80)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 aprile 2009

Ulteriori disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi nel territorio delle regioni Campania, Lazio e Lombardia. (Ordinanza n. 3751)
(G.U. del 6 aprile 2009, n. 80)

Provvedimento Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 15 gennaio 2009

Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 8, comma 3, del decreto legislativo n. 163/2006
(G.U. del 6 aprile 2009, n. 80)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 aprile 2009

Dichiarazione dello stato di emergenza in ordine agli eccezionali eventi sismici che hanno interessato la provincia di L'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009
(G.U. del 7 aprile 2009, n. 81)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 aprile 2009

Primi interventi urgenti conseguenti agli eventi sismici che hanno colpito la provincia di L'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3753)
(G.U. del 7 aprile 2009, n. 81)

Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2009

Istruttoria degli atti normativi del Governo
(G.U. dell'8 aprile 2009, n. 82)

Decreto Ministero dell'interno 1 aprile 2009

Approvazione del modello di certificazione con il quale i comuni certificano il mancato gettito accertato, per l'anno 2008, derivante dall'esenzione dall'imposta Ici dell'unità immobiliare adibita ad abitazione principale del soggetto passivo, ai sensi dell'articolo 1, del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 126
(G.U. dell'8 aprile 2009, n. 82)

Decreto Ministero dell'interno 30 marzo 2009

Certificazioni del bilancio di previsione 2009 delle amministrazioni provinciali, dei comuni, delle comunità montane e delle unioni di comuni
(G.U. del 9 aprile 2009, n. 83)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 aprile 2009

Ulteriori disposizioni urgenti conseguenti agli eventi sismici che hanno colpito la provincia dell'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3754)
(G.U. del 10 aprile 2009, n. 84)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 9 aprile 2009

Sospensione degli adempimenti e dei versamenti tributari a favore dei soggetti residenti nel territorio della provincia di L'Aquila, colpiti dal terremoto del 6 aprile 2009
(G.U. del 10 aprile 2009, n. 84)

Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2009

Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31
(G.U. del 10 aprile 2009, n. 84)

Circolare Ministero per i beni e le attività culturali 27 marzo 2009, n. 21

Contributi alle pubblicazioni periodiche di elevato valore culturale
(G.U. dell'11 aprile 2009, n. 85)

Legge 9 aprile 2009, n. 33

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi
(Suppl. ord. n. 49 alla G.U. dell'11 aprile 2009, n. 85)

Deliberazione Autorità per le garanzie nelle comunicazioni 18 marzo 2009

Istituzione dell'OTA Italia. (Deliberazione n. 121/09/CONS)
(G.U. del 14 aprile 2009, n. 86)

Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 10 marzo 2009

Organizzazioni di volontariato nelle attività di protezione civile. Chiarimenti in ordine all'applicazione dell'articolo 6,

comma 3 e seguenti, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 «Misure urgenti di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori»

(G.U. del 15 aprile 2009, n. 87)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 aprile 2009

Ulteriori disposizioni urgenti conseguenti agli eventi sismici che hanno colpito la Provincia dell'Aquila ed altri comuni della Regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3755)

(G.U. del 16 aprile 2009, n. 88)

Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri, Commissario delegato ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 6 aprile 2009, 16 aprile 2009

Individuazione dei comuni danneggiati dagli eventi sismici che hanno colpito la provincia dell'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Decreto n. 3)

(G.U. del 17 aprile 2009, n. 89)

Decreto Ministero della giustizia 8 aprile 2009

Disposizioni per la formazione dell'elenco degli elettori italiani residenti nel territorio degli altri Paesi membri dell'Unione europea, ai fini della nomina dei presidenti delle sezioni elettorali ivi istituite

(G.U. del 17 aprile 2009, n. 89)

Deliberazione Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 1 marzo 2009

Soggetti tenuti al versamento del contributo a favore dell'Autorità e relative modalità, in attuazione dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2009

(G.U. del 18 aprile 2009, n. 90)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 aprile 2009

Ulteriori disposizioni urgenti conseguenti agli eventi sismici che hanno colpito la provincia dell'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3757)

(G.U. del 22 aprile 2009, n. 93)

Comunicato Regione Toscana

Comunicato relativo all'ordinanza n. 1 del 2 aprile 2009 di individuazione delle province e dei comuni danneggiati dagli eventi atmosferici dei mesi di novembre-dicembre 2008 e gennaio-febbraio 2009

(G.U. del 22 aprile 2009, n. 93)

Legge 23 aprile 2009, n. 38

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori
(G.U. del 24 aprile 2009, n. 95)

Decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39

Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile

(G.U. del 28 aprile 2009, n. 97)

Decreto Ministero dell'interno 16 aprile 2009

Disposizioni di rettifica al decreto 30 marzo 2009 in materia di certificazioni di bilancio di previsione 2009 delle amministrazioni provinciali, dei comuni, delle comunità montane e delle unioni di comuni
(G.U. del 28 aprile 2009, n. 97)

Legge 28 aprile 2009, n. 40

Disciplina transitoria per lo svolgimento dei referendum previsti dall'articolo 75 della Costituzione da tenersi nell'anno 2009

(G.U. del 29 aprile 2009, n. 98)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 aprile 2009

Attuazione dell'articolo 6, comma 1, lettera l), del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante: «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile». (Ordinanza n. 3758)

(G.U. del 29 aprile 2009, n. 98)

Provvedimento Conferenza unificata 1 aprile 2009

Intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra Stato, regioni e gli enti locali, sull'atto concernente misure per il rilancio dell'economia attraverso l'attività edilizia. (Repertorio atti n. 21/CU del 1 aprile 2009)

(G.U. del 29 aprile 2009, n. 98)

Comunicato Ministero dell'interno

Provvedimenti concernenti enti locali in condizione di dissesto finanziario
(G.U. del 30 aprile 2009, n. 99)

Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche della

famiglia, 3 febbraio 2009

Ripartizione del Fondo per le politiche per la famiglia - anno 2009
(*G.U. del 2 maggio 2009, n. 100*)

Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la pubblica amministrazione e l'innovazione, 23 febbraio 2009

Revisione dei distacchi, delle aspettative e dei permessi sindacali autorizzabili a favore del personale dipendente dalle amministrazioni di cui agli articoli 1, comma 2, e 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 46-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133
(*G.U. del 2 maggio 2009, n. 100*)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 aprile 2009

Attuazione dell'articolo 2, comma 3, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella provincia dell'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3760)
(*G.U. del 4 maggio 2009, n. 101*)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 maggio 2009

Attuazione dell'articolo 2, comma 12, del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella provincia dell'Aquila ed altri comuni della regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009. (Ordinanza n. 3761)
(*G.U. del 5 maggio 2009, n. 102*)

Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 29 aprile 2009

Individuazione degli enti beneficiari dei contributi statali di cui all'articolo 2, comma 1-bis, del decreto-legge 1° settembre 2008, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2008, n. 169, per il finanziamento di interventi per l'edilizia scolastica e la messa in sicurezza degli istituti scolastici ovvero di impianti e strutture sportive dei medesimi, nonché delle relative modalità di erogazione
(*G.U. del 5 maggio 2009, n. 102*)

Decreto Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 16 febbraio 2009

Approvazione della graduatoria integrativa relativa alla concessione di un contributo a taluni comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti per la stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili
(*G.U. del 5 maggio 2009, n. 102*)

Legge 5 maggio 2009, n. 42

Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione
(*G.U. del 6 maggio 2009, n. 103*)

Decreto Ministero dell'interno 30 aprile 2009

Differimento di alcuni termini per gli enti locali colpiti dagli eventi sismici nella regione Abruzzo
(*G.U. del 7 maggio 2009, n. 104*)

Legge 7 maggio 2009, n. 46

Modifiche all'articolo 1 del decreto-legge 3 gennaio 2006, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 gennaio 2006, n. 22, in materia di ammissione al voto domiciliare di elettori affetti da infermità che ne rendano impossibile l'allontanamento dall'abitazione
(*G.U. dell'8 maggio 2009, n. 105*)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2009

Attuazione del decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, recante: «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile». (Ordinanza n. 3763)
(*G.U. dell'11 maggio 2009, n. 107*)

Provvedimento Garante per la protezione dei dati personali 29 aprile 2009

Trattamento dei dati personali contenuti nello scontrino fiscale rilasciato per l'acquisto di farmaci
(*G.U. dell'11 maggio 2009, n. 107*)

Deliberazione Garante per la protezione dei dati personali 29 aprile 2009

Proroga dei termini di conservazione dei dati di traffico
(*G.U. dell'11 maggio 2009, n. 107*)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2009

Disposizioni urgenti di protezione civile.
(Ordinanza n. 3764)
(*G.U. del 12 maggio 2009, n. 108*)

Decreto Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 16 febbraio 2009

Modificazioni ed integrazioni al programma degli interventi per Roma Capitale. Legge 15 dicembre 1990, n. 396
(*G.U. del 12 maggio 2009, n. 108*)

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 febbraio 2009

Prontuario contenente le disposizioni per lo svolgimento delle funzioni di controllo e verifica sull'attuazione dei progetti di servizio civile nazionale, doveri degli enti di servizio civile e infrazioni punibili con le sanzioni amministrative previste dall'articolo 3-bis della legge 6 marzo 2001, n. 64
(*G.U. del 13 maggio 2009, n. 109*)

Decreto Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca 7 maggio 2009

Regole e modalità per la presentazione delle richieste di concessione dei contributi per progetti intesi a favorire la diffusione della cultura scientifica. (Decreto n. 364/Ric)
(*G.U. del 13 maggio 2009, n. 109*)

Comunicato Provincia autonoma di Trento

Elenco dei comuni catastali della provincia di Trento per i quali sono state completate le operazioni di aggiornamento della banca dati catastale in relazione alle variazioni di coltura derivanti dalle dichiarazioni presentate ai fini dell'erogazione dei contributi agricoli
(*G.U. del 13 maggio 2009, n. 109*)

Deliberazione Comitato interministeriale per la programmazione economica 18 dicembre 2008

Legge n. 97/1994: Approvazione dei criteri di riparto e ripartizione tra le regioni e le province autonome del Fondo nazionale per la montagna per l'anno 2008. (Deliberazione n. 119/2008)
(*G.U. del 14 maggio 2009, n. 110*)

Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 maggio 2009

Ulteriori interventi urgenti diretti a fronteggiare gli eventi sismici verificatisi nella regione Abruzzo il giorno 6 aprile 2009 e altre disposizioni urgenti di protezione civile. (Ordinanza n. 3766)
(*G.U. del 16 maggio 2009, n. 112*)

Decreto Ufficio territoriale del Governo dell'Aquila 5 maggio 2009

Individuazione delle fondazioni, associazioni, comitati ed enti, per il cui tramite possono essere effettuate erogazioni liberali deducibili dal reddito d'impresa, a favore delle popolazioni colpite dal sisma del 6 aprile 2009
(*G.U. del 16 maggio 2009, n. 112*)

giurisprudenza

Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2009, n. 104

Amministrazione pubblica - Cerimoniale - D.P.C.M. 16 aprile 2008 "Aggiornamento delle disposizioni generali in materia di cerimoniale e di precedenza tra le cariche pubbliche" - Ampliamento e innovazione di diverse disposizioni del d.P.C.M. 14 aprile 2006 - Disciplina della posizione protocollare degli organi della regione e degli altri enti autonomi territoriali - Ricorso per conflitto di attribuzione sollevato dalla regione marche - Infondatezza - Competenza esclusiva dello Stato - Va affermata

Spettava allo Stato, e per esso al Presidente del Consiglio dei Ministri, adottare il d.P.C.M. 16 aprile 2008 recante "Aggiornamento delle disposizioni generali in materia di cerimoniale e di precedenza tra le cariche pubbliche", considerato che la determinazione dell'ordine delle precedenza nelle cerimonie pubbliche, ivi comprese quelle a carattere locale, rientra nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera g), della Costituzione.

Corte costituzionale, ordinanza 27 marzo 2009, n. 91

Pubblico impiego - Dipendenti pubblici a tempo parziale non superiore al 50 per cento del tempo pieno - Professione di avvocato - Divieto di esercizio - Artt. 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato) - Questione di legittimità costituzionale - Nella parte in cui prevedono l'applicabilità del divieto anche ai dipendenti già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 339 del 2003 - Manifesta inammissibilità

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 4, 35 e 41

della Costituzione, degli artt. 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato), nella parte in cui prevedono, rispettivamente, che il divieto di esercizio della professione di avvocato per i dipendenti pubblici a tempo parziale ridotto (non superiore al 50 per cento del tempo pieno) si applichi anche ai dipendenti già iscritti negli albi degli avvocati alla data di entrata in vigore della medesima legge n. 339 del 2003, e che solo per un breve periodo di tempo è possibile esercitare l'opzione imposta fra pubblico impiego ed esercizio della professione.

Corte costituzionale, sentenza 20 marzo 2009, n. 76

1. Regioni - Competenze legislative - Turismo - Appartiene alla competenza legislativa residuale delle regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. - Disciplina di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative - Possibilità
2. Regioni - Competenze legislative - Turismo - Art. 2, comma 194, legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) - Illegittimità costituzionale - Va dichiarata - Nella parte in cui prevede lo strumento della consultazione delle regioni anziché quello dell'intesa

1. La materia del turismo appartiene alla competenza legislativa residuale delle regioni, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. (sentenze n. 94 del 2008, n. 214 e n. 90 del 2006). Tuttavia, l'esigenza di un esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, abilita lo Stato a disciplinare siffatto esercizio per legge. E ciò anche se quelle funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale. In tal caso, i principi di sussidiarietà e di adeguatezza (in forza dei quali si verifica l'ascesa della funzione normativa dal livello regionale a quello statale) possono

giustificare una deroga al normale riparto di competenze contenuto nel titolo V della parte II della Costituzione. A condizione, naturalmente, che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, assistita da ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e rispettosa del principio di leale collaborazione con le regioni.

2. È costituzionalmente illegittimo l'art. 2, comma 194, della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), nella parte in cui stabilisce che i regolamenti da esso previsti siano adottati "sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano", invece che "d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano", considerato che prevede una modalità di collaborazione delle Regioni inidonea ad assicurare a queste ultime il ruolo che loro compete.

Corte costituzionale, ordinanza 20 marzo 2009, n. 84

Giustizia costituzionale - Ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto da un comune - Inammissibilità - Ragioni

È inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto da un comune in relazione a un'ordinanza cautelare emessa dal Consiglio di Stato, in quanto deve escludersi che un ente locale possa essere riconosciuto quale "potere dello Stato"; tale nozione, ai sensi dell'art. 134 della Costituzione, può estendersi - come è stato già chiarito (v., per esempio, l'ordinanza 23 maggio 1990) - a figure esterne all'organizzazione dello Stato nei soli casi in cui queste esercitano poteri che rientrano nello svolgimento di più ampie funzioni, i cui atti finali siano imputati allo Stato-autorità.

Inoltre, se anche si riconoscesse nel caso di specie la qualifica del sindaco quale "ufficiale del Governo", il ricorso sarebbe nondimeno inammissibile dal momento che il sindaco, in detta veste, non è abilitato a manifestare in maniera definitiva la volontà del potere cui appartiene (1).

(1) Cfr. le sentenze n. 730 del 1988; n. 77 del 1987; n. 307 del 1983 e n. 36 del 1960.

Corte costituzionale, ordinanza 13 marzo 2009, n. 70

Pubblico impiego – Personale precario – Stabilizzazione – Art. 1, comma 519, l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) – Questione di legittimità costituzionale – Manifesta inammissibilità

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale – sollevata in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione – dell'art. 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), che prevede la "stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge", perché il richiedente, omettendo di formulare un petitorio specifico, lascia indeterminato il contenuto del richiesto intervento additivo e, comunque, non indica una soluzione costituzionalmente obbligata.

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 9 aprile 2009, n. 2194

Enti locali – Enti strutturalmente deficitari – Controlli centrali in materia di copertura del costo di alcuni servizi – Comune – Mancata trasmissione della tabella dei parametri di individuazione degli enti in condizioni di deficit strutturale – Sanzione pecuniaria per il mancato raggiungimento del livello minimo di copertura dei costi di gestione dei servi-

zi (perdita del 3 per cento della quota di trasferimento erariale per l'anno di riferimento) – Provvedimento del prefetto – Illegittimità

L'art. 45 del d.lgs. 504 del 1992, nella sua originaria formulazione, non può in alcun modo essere inteso nel senso di ammettere che un ente pacificamente esente dal deficit strutturale, ma che abbia unicamente omesso l'invio delle tabelle di rilevazione degli indicatori di tale *deficit*, possa essere sottoposto non solo ai controlli centrali, ma anche alle sanzioni per il mancato raggiungimento del livello minimo di copertura dei costi di gestione dei servizi. Ne consegue che è illegittimo il provvedimento del prefetto con il quale viene irrogata al comune la sanzione pecuniaria prevista per gli enti locali in situazione di deficit strutturale i quali non abbiano ottemperato alle previsioni normative relative al grado di copertura tramite tariffa del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, atteso che la sanzione della perdita pro quota del contributo ordinario si applica soltanto agli enti locali in situazione di deficit strutturale i quali non abbiano rispettato i livelli minimi di copertura dei costi dei servizi, e non anche agli enti locali, i quali abbiano soltanto omesso di trasmettere in modo tempestivo la tabella dei parametri di individuazione degli enti in condizioni di *deficit* strutturale (per tali enti, la conseguenza – per espresso disposto legislativo – era limitata al solo assoggettamento ai controlli centrali).

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 aprile 2009, n. 2145

Contratti della p.a. – Affidamento di incarichi – Gara – Raggruppamento temporaneo tra professionisti – Costituzione mediante scrittura privata autenticata dal segretario comunale o altro funzionario e non con atto notarile – Esclusione – Legittimità

È legittima l'esclusione dalla gara indetta dal comune per l'affidamento di un incarico di progettazione di un raggruppamento temporaneo tra professionisti, motivata sulla base del mancato adempimento della prescrizione, prevista dal bando di gara, ove si stabiliva che "il raggruppamento tra liberi professionisti deve essere già avvenuto nelle forme di leg-

ge all'atto di presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara", in quanto la costituzione del raggruppamento era avvenuta mediante scrittura privata autenticata e non con atto notarile. In particolare, la prescrizione del bando deve ritenersi pienamente legittima e non soggetta a regolarizzazione in quanto il mandato con rappresentanza conferito al capogruppo si configura come atto di natura negoziale di competenza del notaio ex art. 2703 c.c. e, pertanto, non può ritenersi idonea, l'autenticazione del segretario comunale o di altri funzionari incaricati, che è riferibile, ai sensi degli artt. 20 e ss. della l. n. 584/1977, alla sottoscrizione delle istanze da produrre dinanzi agli organi dell'amministrazione.

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 7 aprile 2009, n. 2174

1. Giustizia amministrativa – Procedimenti amministrativi che terminano con atti di natura normativa – Partecipazione di enti esponenziali prevista dalla legge – Conseguenze di ordine processuale – Individuazione

2. Giustizia amministrativa – Ricorso avverso il d.P.C.M. 14 giugno 2007 "Decentramento delle funzioni catastali ai comuni" – Notifica ad Anci – In qualità di controinteressata – Necessità

1. Se prevista dalla legge, la partecipazione procedimentale dell'ente esponenziale è decisiva per ritenere che in sede processuale esso possa impugnare il provvedimento che si discosti dal contenuto dell'atto endo-procedimentale cui abbia dato il proprio consenso (1), ovvero assuma la qualità di controinteressato, se – al contrario – l'atto normativo finale abbia un contenuto conforme al condiviso atto endo-procedimentale e ne sia chiesto l'annullamento in sede giurisdizionale. In tale ipotesi, all'ente esponenziale va notificato il ricorso, quale titolare di un interesse opposto e speculare a quello fatto valere del ricorrente.

2. Il ricorso di primo grado avverso il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 giugno 2007, che ha disposto il "decentramento delle funzioni catastali ai comuni", doveva essere notificato anche ad Anci in qualità di controinteressata, avendo concluso con l'Agenzia delle entrate il "protocollo di intesa", previsto dalla legge e annullato dalla sentenza

del T.A.R. Lazio, sez. II, n. 4259 del 2008, della quale pertanto si dispone l'annullamento con rinvio, affinché – previa integrazione del contraddittorio – il ricorso di primo grado sia deciso dal T.A.R., in composizione diversa.

(1) Cfr. sez. VI, 1° febbraio 1990, n. 191; sez. VI, 16 maggio 1983, n. 353; sez. VI, 27 agosto 1982, n. 407.

**Consiglio di Stato, sez. VI,
sentenza 1 aprile 2009, n. 2040**

Enti locali – Consultazioni referendarie – Lavoro straordinario effettuato da taluni dipendenti – Spese sostenute dal comune – Diritto al rimborso – Presupposti – Provvedimento del prefetto di diniego del rimborso – Illegittimità – Fattispecie

È illegittimo il provvedimento con il quale il prefetto ha negato a un comune il rimborso della spesa sostenuta per il lavoro straordinario effettuato da taluni dipendenti in occasione di consultazioni referendarie, perché la deliberazione di autorizzazione preventiva all'effettuazione del lavoro straordinario, adottata dalla giunta municipale, ai sensi dell'articolo 15 del d.l. 18 gennaio 1993, n. 8, convertito con modificazioni nella l. 19 marzo 1993, n. 68, avrebbe dovuto contenere anche "i nominativi del personale previsto, il numero di ore di lavoro straordinario da effettuare e delle funzioni da assolvere". Dalla normativa richiamata si deduce chiaramente, invece, come, sotto il profilo formale, il diritto al rimborso è precluso solo dalla mancata presentazione del rendiconto entro il termine di sei mesi. Mentre, per quel che concerne il *quantum* del rimborso, in base al principio di coordinamento della finanza pubblica (art. 119 della Costituzione), si può trarre la ragionevole conclusione che questo non può superare il tetto stabilito dal comma 1; cioè il limite di "50 ore mensili per persona e sino a un massimo individuale di 70 ore mensili".

**Consiglio di Stato, sez. V,
sentenza 23 marzo 2009, n. 1741**

1. Contratti della p.a. – Project financing – Valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori – Discreziona-

lità della p.a. – Massimo margine – Sindacato di legittimità da parte del g.a. – Limiti

2. Contratti della p.a. – Project financing – Valutazione del piano economico e finanziario – Natura prevalente – Ragioni

3. Contratti della p.a. – Project financing – Procedura di scelta del promotore – Soggezione alle regole di una vera e propria gara – Va esclusa – Procedura di scelta del promotore fondata su un avviso recante i criteri di valutazione senza ulteriore specificazione degli stessi in pesi e punteggi – Legittimità

1. In materia di *project financing*, nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'amministrazione esercita una "in alto grado" (ovvero il "massimo margine") di discrezionalità. La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono a individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata. Ovviamente, ciò non esclude il sindacato di legittimità da parte del g.a., sia pure nei confini tipici che una siffatta qualificazione del potere esercitato, come noto, comporta (manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, errori di fatto) (1).

2. In materia di *project financing*, assume valenza peculiare la valutazione del Piano economico e finanziario. E infatti, da un lato, la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto dell'intera operazione di *project financing*, non essendo consentita la sottrazione del piano economico finanziario a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Dall'altro, è evidente come anche l'apprezzamento di tale specifico aspetto della proposta venga operata nel quadro della natura discrezionale del potere esercitato.

3. È *jus receptum* che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e pro-

pria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi (2). Ne consegue che risponde a norma una procedura di scelta del promotore fondata su un avviso recante i criteri di valutazione senza ulteriore specificazione degli stessi in pesi e punteggi. Né un tal onere di specificazione può desumersi da un semplice riscontro a una richiesta di chiarimenti, considerato che deve ravvisarsi l'esistenza di un autolimito giuridicamente rilevante, posto dalla stessa p.a. procedente, laddove eventuali prescrizioni ulteriori rispetto a quelle di legge siano contenute in atti generali "destinati a regolare la procedura di cui si tratta" (3), quali i bandi di gara, tanto in procedure a evidenza pubblica (4), quanto per l'accesso ai pubblici impieghi (5).

(1) Cfr. dec. n. 4811/2007.

(2) Cfr., da ultimo, C.g.a.r.s., sez. giurisdizionale, 29 gennaio 2007, n. 7, secondo cui "l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono vincolati per legge alle rigide forme dell'evidenza pubblica".

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2007, n. 527.

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 195, e sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2162.

(5) Cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 gennaio 2008, n. 708.

**Consiglio di Stato, sez. VI,
sentenza 17 marzo 2009, n. 1559**

Enti locali – Competenze degli organi – Provvedimenti da assumersi in via di autotutela – Riconducibilità ai poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo – Possibilità

Se è vero che il sindaco non può porre in essere atti, rientranti nell'ambito della gestione amministrativa, finanziaria e tecnica dell'amministrazione (1), non altrettanto vero è che fra tali atti rientrino necessariamente i provvedimenti che l'amministrazione stessa può assumere in via di autotutela, implicando quest'ultima un bilanciamento fra interessi pubblici e privati, che possono senz'altro essere ricondotti a poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo. Lo stesso art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, del resto, ribadisce l'attribuzione del controllo non solo politico, ma anche amministrativo, agli organi di governo dell'ente e il controllo, come è noto, può esercitarsi anche in for-

ma di attività sostitutiva (proprio come previsto dal regolamento di cui si discute, che consente al sindaco – e per esso al commissario straordinario – di sostituirsi, previa diffida, al responsabile di un servizio inadempiente nell'adozione di atti necessitati) (fattispecie relativa a una ipotesi di annullamento, in via di autotutela, di concessioni edilizie – oggi denominate permesso di costruire – in corrispondenza di un rilevato vizio procedurale).

(1) Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5073.

**Consiglio di Stato, sez. IV,
sentenza 3 marzo 2009, n. 1222**

Concorsi – Prove scritte – Giudizio di inidoneità fondato su voto numerico – Motivazione – Deve ritenersi adeguata – Assenza di segni grafici di correzione sugli elaborati – Irrilevanza

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, i provvedimenti della commissione esaminatrice – che rilevano l'inidoneità delle prove scritte e non ammettono all'esame orale il partecipante agli esami per l'abilitazione all'esame di avvocato – vanno di per sé considerati adeguatamente motivati, quando si fondano su voti numerici, attribuiti in base ai criteri da essa (o comunque dalla competente commissione istituita presso il Ministero della giustizia) predeterminati, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti (1). La circostanza, poi, che sugli elaborati non sia stato apposto alcun segno grafico di correzione non è elemento significativo, da cui possa desumersi la carenza di motivazione, sia perché essa non può significare che la prova non sia stata oggetto di valutazione (2), sia perché la necessaria correlazione con i predeterminati criteri di valutazione è comunque garantita dalla graduazione e omogeneità delle valutazioni effettuate mediante l'espressione della cifra del voto (3), con il solo limite della contraddizione tra specifici e obiettivi elementi di fatto, criteri di massima prestabiliti e conseguente attribuzione del voto (4).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3924.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2006, n. 3670.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2006, n. 5894.

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2008, n. 3710.

**Consiglio di Stato, sez. V,
sentenza 13 febbraio 2009, n. 828**

1. Enti locali – Sindaco – Ordinanza contingibile e urgente – Chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni delle attività di bar e di tavola calda esercitati all'interno di un drugstore – Duplice natura di provvedimento di regolamentazione degli orari dell'esercizio commerciale e di provvedimento contingibile e urgente

2. Enti locali – Sindaco – Ordinanza contingibile e urgente – Chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni delle attività di bar e di tavola calda esercitati all'interno di un drugstore – Presupposti normativi – Art. 8 l. 25 agosto 1991, n. 287 – Legittimità

3. Enti locali – Sindaco – Ordinanza contingibile e urgente – Chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni delle attività di bar e di tavola calda esercitati all'interno di un drugstore – Legittimità – Inconvenienti lamentati dai residenti nella zona fin dall'apertura dell'esercizio – Irrilevanza

4. Enti locali – Sindaco – Ordinanza contingibile e urgente – Adozione di misure di carattere definitivo – Possibilità

1. L'ordinanza con la quale il Sindaco ordina la chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni, delle attività rispettivamente di bar e di tavola calda esercitati all'interno di un *drugstore* assume una duplice natura e precisamente quella di provvedimento di regolamentazione degli orari dell'esercizio commerciale in questione, di competenza del sindaco quale capo dell'amministrazione, nonché quella di provvedimento contingibile e urgente adottato dal sindaco nelle funzioni di ufficiale di Governo per far fronte a una grave emergenza di ordine e salute pubblica.

2. È legittima l'ordinanza contingibile e urgente con la quale il sindaco ordina la chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni, delle attività rispettivamente di bar e di tavola

calda esercitati all'interno di un *drugstore*, considerato che l'art. 8 della l. 25 agosto 1991, n. 287 attribuisce al sindaco il potere di determinare l'orario minimo e massimo delle attività di somministrazione di alimenti e bevande, con facoltà di differenziarlo in ragione delle diverse esigenze e caratteristiche delle zone comunali; con la conseguenza che trattandosi dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, sia pure nell'ambito di un *drugstore*, deve comunque ammettersi il relativo potere sindacale su tali attività *ex art.* 8 l. n. 287/1991, che è disposizione prevalente sulla normativa secondaria, quale è il piano di commercio del comune. Con riferimento al carattere contingibile e urgente dell'ordinanza, il relativo potere sindacale trova la sua base legislativa nell'art. 38 della l. 8 giugno 1990, n. 142 (e ora nell'art. 54 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e il provvedimento impugnato appare sufficientemente motivato sul punto concernente la ricorrenza di ragioni di grave turbamento dell'ordine pubblico e della salute dei cittadini residenti nella zona. Né esclude l'esercizio del potere sindacale di ordinanza contingibile e urgente il fatto che taluni inconvenienti siano stati presenti fin dall'apertura dell'esercizio, in quanto essi si sono indubbiamente aggravati con il passare degli anni (1).

3. È legittima l'ordinanza contingibile e urgente con la quale il sindaco ordina la chiusura a tempo indeterminato dalle ore 24,00 alle ore 06,00 di tutti i giorni, delle attività rispettivamente di bar e di tavola calda esercitati all'interno di un *drugstore*, per far fronte a una situazione di grave emergenza di ordine e salute pubblica, come indicato nella nota della Questura nella quale viene rappresentato il grave disagio per gli abitanti della zona, determinato "da schiamazzi notturni generati dalla numerosa clientela la quale, peraltro, è solita parcheggiare le proprie autovetture nella strettissima Via xxx, creando così difficoltà alla viabilità, all'accesso ai box del condominio, comportando spesso situazioni di disagio e conseguenti proteste da parte dei cittadini con evidenti riflessi sull'ordine pubblico". Né esclude l'esercizio del potere sindacale di ordinanza contingibile e urgente il fatto che taluni inconvenienti siano stati presenti fin dall'apertura dell'esercizio, in quanto essi si sono indubbiamente aggravati con il passare degli anni (2). Inoltre, se è vero

che spetta alle autorità di polizia assicurare l'ordine e la quiete pubblica, è altrettanto vero che la molteplicità dei compiti a esse demandati rende irrealistica la pretesa di vedere presidiato in modo pressoché continuativo l'ingresso del *drugstore* durante la notte. Il provvedimento, proprio per il contenuto atipico che lo connota, ha inteso fronteggiare una situazione d'urgenza ritenendo a tal fine rimedio più idoneo – tra i suoi possibili oggetti di disciplina – quello di limitare l'orario del servizio di ristorazione notturna.

4. Se di massima le ordinanze contingibili e urgenti hanno efficacia temporanea, nulla esclude che la specificità della situazione richieda l'adozione di misure di carattere definitivo, atteso che quello che rileva è l'idoneità della misura in relazione alla situazione da fronteggiare (3).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639

(2) Cit. nota 1.

(3) Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1998, n. 1128, e sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6168.

Corte dei conti, sez. centrale d'appello I, sentenza 10 marzo 2009, n. 145

1. Pubblico impiego – Incarichi di collaborazione – Conferimento da parte di pubbliche amministrazioni – Principi e criteri da seguire – Individuazione

2. Pubblico impiego – Incarico quinquennale di responsabile dell'ufficio di ragioneria – Conferimento da parte di amministratori comunali – Illegittimità – Responsabilità – Sussiste

1. I principi e criteri da seguire, in ordine all'attribuzione di incarichi di collaborazione da parte di pubbliche amministrazioni, sono, in linea di massima: *a)* il conferimento dell'incarico deve essere legato a problemi che richiedono conoscenze ed esperienze eccedenti le normali competenze; *b)* l'incarico deve caratterizzarsi in quanto non implicante svolgimento di attività continuativa ma anzi la soluzione di specifiche problematiche già individuate al momento del conferimento dell'incarico del quale debbono costituire l'oggetto; *c)* l'incarico deve presentare le caratteristiche della specificità e della temporaneità; *d)* l'incarico non deve rappresentare uno strumento per ampliare fittiziamente compiti istituzionali e ruoli organici dell'ente; *e)* il compenso con-

nesso all'incarico deve essere proporzionale all'attività svolta e non liquidato in maniera forfetaria; *f)* la delibera di conferimento deve essere adeguatamente motivata; *g)* l'incarico non deve essere generico od indeterminato; *h)* i criteri di conferimento non debbono essere generici; ne consegue l'illegittimità e la sussistenza di un danno erariale a fronte di un incarico assolutamente generico e non motivato (1). Anche la sezione controllo enti di questa Corte, già nella deliberazione 22 luglio 1994, n. 33, aveva rappresentato la necessità di evitare che l'affidamento di incarichi a terzi si traducesse in forme atipiche di assunzione, con la conseguente elusione delle disposizioni sul reclutamento e delle norme in materia di contenimento della spesa.

2. È illegittimo il conferimento da parte di amministratori comunali dell'incarico quinquennale di responsabile dell'ufficio di ragioneria, essendo sufficiente considerare la durata dell'incarico (ben cinque anni), del tutto incompatibile con le caratteristiche del tipo di operazione. A nulla vale sostenere che l'ampio termine era coerente, dapprima con la necessità di espletare il concorso per il reclutamento del responsabile dell'area finanziaria e poi con l'esigenza di formare la vincitrice del concorso stesso. In relazione alle delibere comunali deve rilevarsi l'intrinseca irrazionalità, poiché motivano l'affidamento dell'incarico con il necessario "supporto tecnico nelle materie della contabilità, dei tributi e del personale a favore dell'istruttore neo-assunto", fino al momento in cui il neo-assunto non fosse stato nelle condizioni di assumere la responsabilità dell'Area finanziaria. Orbene, la su detta condizione, era in realtà "impossibile a verificarsi, posto che il mansionario dell'istruttore amministrativo non prevede l'assunzione della responsabilità di area [...] D'altronde, la responsabilità dell'area, dopo i rinnovi dell'incarico in questione, è stata attribuita al sindaco". Tale macroscopica negligenza, davvero clamorosa e inescusabile, non è neppure giustificabile con la dedotta inesperienza amministrativa degli amministratori poi condannati, che qui non ha rilievo alcuno: è semplicemente questione di consequenzialità logica e di buon senso, oltre che di correttezza istituzionale, provvedere a ricoprire il posto di funzione vacante con la professionalità necessaria, anziché reclutare figu-

re professionali inadatte (almeno secondo il mansionario), per poi essere costretti a prorogare, pressoché *sine die*, un parallelo incarico di consulenza, in attesa del verificarsi di una condizione impossibile (e che, infatti, non sembra si sia verificata).

(1) Si possono citare in proposito, *ex multis*, Corte dei conti, sez. I, 2 settembre 2008, n. 393, 17 settembre 2007, n. 248 e 31 maggio 2005, n. 187; sez. II, 11 giugno 2001, n. 208; sez. III, 6 febbraio 2006, n. 74 e 13 aprile 2005, n. 183; sez. sic. appello, 2 aprile 2002, n. 46 e 1 agosto 2000, n. 100; sez. riun. 12 giugno 1998, n. 27.

Corte dei conti, sez. giurisd. Veneto, sentenza 18 febbraio 2009, n. 166

Responsabilità amministrativa – Amministratori locali – Rinuncia alla realizzazione di un'opera appaltata ancora non iniziata e storno delle risorse già allocate a favore di altra opera pubblica ritenuta più urgente – Responsabilità per danno erariale – Fattispecie

Non sussiste responsabilità per danno erariale cagionato da amministratori locali, revisore dei conti e segretario comunale, per avere rinunciato alla realizzazione di un'opera pubblica già appaltata, ma non ancora iniziata, e disposto lo storno delle risorse già allocate a favore di altra opera pubblica, qualora dagli atti di causa si evinca chiaramente che gli organi dell'ente locale hanno fondato la propria decisione non solo nella scarsa utilità dell'originario intervento rispetto a quello successivamente deliberato, ma anche sulla convenienza del nuovo intervento rispetto al precedente, in vista del soddisfacimento di primari interessi della collettività e avuto riguardo anche alla convenienza economica, all'aspetto comparatistico e nell'ottica di un proficuo rapporto costi-benefici. Le scelte operate dal comune hanno dunque costituito manifestazione di una legittima facoltà politico amministrativa propria degli organi rappresentativi; l'uso di questa facoltà non è stato inficiato in alcun modo da azioni o comportamenti del tutto arbitrari o assolutamente irragionevoli come statuito dalla giurisprudenza di questa Corte (sez. giur. Marche n. 3433/2000).

3/09

**T.A.R. Puglia, Bari, sez. I,
sentenza 2 aprile 2009, n. 784**

Enti locali – Sindaco – Ordinanza contingibile e urgente – Revoca dell'autorizzazione sanitaria concessa per la gestione di un canile – Legittimità – Fattispecie

È legittima l'ordinanza con la quale il sindaco, "a tutela degli animali, della salute pubblica e dell'ambiente", ha revocato l'autorizzazione sanitaria concessa per la gestione di un canile rifugio, ordinando contestualmente il trasferimento in altra struttura di un determinato numero di unità canine munite di *micro-chips* e appartenenti al comune, a causa del venir meno dei requisiti igienico sanitari certificati dal responsabile del servizio sanitario, in presenza di un'epidemia di cimurro. Tali circostanze (ampiamente dimostrate nell'ordinanza) sono idonee a legittimare l'esercizio del potere *extra ordinem*, non essendo nemmeno ipotizzabile rinviare gli interventi o adottare strumenti alternativi per fronteggiare la situazione di estremo degrado igienico sanitario del canile rifugio, risultante dagli atti depositati e aggravata dal divampare dell'epidemia.

**T.A.R. Puglia, Bari, sez. I,
sentenza 2 aprile 2009, n. 779**

Diritto di accesso ai documenti amministrativi – Documenti detenuti da agenti della riscossione dei tributi – Richiesta di copia conforme – Deve essere accolta – Limitazione all'accesso informale mediante sola visione – Impossibilità

Quanto alle modalità per l'esercizio dell'accesso, la limitazione all'accesso informale mediante la sola visione del documento non trova fondamento nella legge 241 del 1990. Il diritto di accesso consiste nella visione ed estrazione di copia dei documenti detenuti dall'agente della riscossione e non incontra altri limiti che quelli previsti dalla legge 241 del 1990, normativa di applicazione generale. L'esercizio dell'accesso così come disciplinato dalla legge 241 del 1990, è pieno e quindi può avere come oggetto non solo la visione ed estrazione di copia ma anche la richiesta di copia conforme di un documento detenuto dall'agente della riscossione, ove il documento sia indicato per estremi e quindi sia di facile reperibilità.

**T.A.R. Puglia, Bari, sez. III,
sentenza 2 aprile 2009, n. 763**

1. Edilizia e urbanistica – Denuncia di inizio attività – Potere inibitorio della p.a. – Decorrenza del termine di trenta giorni. – Dies a quo – Individuazione
2. Procedimento amministrativo – Edilizia e urbanistica – Denuncia di inizio attività – Diniego della p.a. – Preavviso di rigetto – Necessità – Va esclusa

1. In tema di denuncia inizio attività quanto al *dies a quo* va fatto riferimento a quello in cui la Dia sia pervenuta allo sportello unico per l'edilizia e non già a quello in cui essa denuncia sia stata presentata all'ufficio di protocollo del comune. I tempi ristretti per eseguire le verifiche (appunto trenta giorni) giustificano la individuazione del giorno iniziale in quello in cui la Dia perviene effettivamente all'ufficio deputato a dette verifiche e cioè allo Sportello unico per l'edilizia (Sue) dotato di un proprio protocollo, diverso dal protocollo generale del comune; la disposizione di cui al comma 1 dell'art. 23 t.u. dell'edilizia fa riferimento allo sportello unico ("presenta allo sportello unico la denuncia") il che letteralmente avvalorava la conclusione sopra riferita.

2. La Dia non dà l'avvio a un procedimento a istanza di parte (il potere dell'amministrazione non è di rigetto di istanza procedimentale bensì inibitorio della realizzazione delle opere nel termine di trenta giorni dalla presentazione della denuncia e ciò sulla base di riscontrata assenza di una o più delle condizioni previste) sicché alla medesima denuncia non trova applicazione l'art. 10-bis della 241 sul preavviso di rigetto nei procedimenti amministrativi a istanza di parte (T.A.R. Milano 5651/2008).

**T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I,
sentenza 25 marzo 2009, n. 678**

1. Procedimento amministrativo – Pubblico impiego – Provvedimento di rideeterminazione della retribuzione in applicazione di una specifica disposizione di legge – Comunicazione di avvio del procedimento – Necessità – Va esclusa
2. Segretari comunali e provinciali – Rideeterminazione del trattamento economico – Ex art. 4 d.l. 681/1982 – Modalità – Individuazione

1. La comunicazione di avvio del proce-

dimento non è necessaria con riferimento a provvedimenti con cui l'amministrazione-datore di lavoro ridetermina la retribuzione dovuta in applicazione di una specifica disposizione di legge.

2. La l. 11 luglio 1980, n. 312 ha sancito per tutti i dipendenti dello Stato la sostituzione dell'ordinamento articolato sulle carriere con il sistema delle qualifiche funzionali e non può dubitarsi, anche per l'effetto dell'esplicita e positiva sua estensione alla carriera dei segretari comunali (art. 40), che lo *status* giuridico ed economico di questa carriera di personale si configuri all'interno di detto assetto; pertanto la determinazione del beneficio di cui all'art. 4 del d.l. n. 681 del 1982, deve essere effettuata, per coloro già inquadrati nella qualifica di segretario capo, sulla base dell'anzianità maturata nel nono livello retributivo (I). L'art. 4 del d.l. 681/82, laddove attribuisce rilevanza alla "sola anzianità di servizio prestato nella qualifica di provenienza" deve, quindi, con riferimento alla neo-qualifica di segretario generale, essere inteso come facente riferimento all'anzianità maturata nel nono livello retributivo e cioè quello assunto prima dell'attribuzione della qualifica dirigenziale.

(1) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1539.

**T.A.R. Veneto, sez. III,
sentenza 23 marzo 2009, n. 742**

1. Enti locali – Competenze degli organi – Chiusura di una discoteca – Per motivi di sicurezza e incolumità pubblica – Provvedimento del questore – Ex art. 100 r.d. n. 733/1931 – Legittimità
2. Procedimento amministrativo – Chiusura di una discoteca – Per motivi di sicurezza e incolumità pubblica – Provvedimento del questore – Ex art. 100 r.d. n. 733/1931 – Comunicazione di avvio del procedimento – Necessità – Va esclusa
3. Enti locali – Chiusura di una discoteca – Per motivi di sicurezza e incolumità pubblica – Provvedimento del questore – Ex art. 100 r.d. n. 733/1931 – Legittimità – Fattispecie

1. È legittimo il provvedimento del questore che dispone la chiusura di una discoteca, ritenendo sussistente una situazione di particolare pericolo per la sicurezza pubblica e l'incolumità degli avven-

tori, considerato che l'art. 19, comma 4, del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, non ha abrogato l'articolo 100, comma 1, del regio decreto n. 773 del 1931, e non ha fatto venire meno il potere attribuito in tale materia al questore. I poteri previsti dal citato articolo in tema di revoca e sospensione delle licenze di commercio per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza non rientrano infatti fra i compiti di polizia amministrativa trasferiti alle regioni e ai comuni ai sensi del d.P.R. 616 del 1977, in quanto vengono in considerazione competenze e funzioni relativi ad ambiti che sono rimasti riservati allo Stato perché attinenti alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica (1).

2. Il provvedimento di cui all'art. 100 del r.d. 18 giugno 1931 n. 773 (nella fattispecie chiusura di una discoteca), ove disposto al fine di prevenire possibili fonti di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini, è di per sé assistito da ragioni d'urgenza che giustificano l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento (2).

3. È legittimo il provvedimento con il quale il questore dispone la chiusura di una discoteca, ritenendo sussistente una situazione di particolare pericolo per la sicurezza pubblica e l'incolumità degli avventori, nel caso in cui tale provvedimento contenga un'articolata motivazione nella quale sono evidenziati analiticamente tutte le gravi difformità delle prescrizioni a tutela della pubblica incolumità e di sicurezza riscontrate, quali la presenza di un numero di avventori pari a 1380 persone a fronte della capienza massima di 600, l'abnorme concentrazione di veicoli nel parcheggio del locale in modo da impedire l'accesso e la manovra di eventuali mezzi di soccorso sanitario e antincendio, l'ostruzione di una delle porte di accesso al locale, di una delle due vie di sicurezza, l'ubicazione impropria degli estintori che ne rendeva difficoltosa l'individuazione, la presenza di cavi elettrici uniti tra loro in modo precario e penzolanti e la mancanza di un pannello di protezione e chiusura a uno dei quadri elettrici del locale adibito a guardaroba accessibile ai clienti.

(1) Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 21 marzo 2008, n. 192; T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 febbraio 2008, n. 69; Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1563; *idem* 7 febbraio 2007, n.

505; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4756; T.A.R. Valle d'Aosta, 17 marzo 2004, n. 27; Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7777; Cons. Stato, sez. IV, 6 giugno 1997, n. 625; Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1992, n. 1376.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2007, n. 505; T.A.R. Toscana, sez. I, 16 maggio 2006, n. 2325; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 20 marzo 2006, n. 620.

T.A.R. Veneto, sez. II, sentenza 20 marzo 2009, n. 729

Enti locali - Competenze degli organi - Protocollo di intesa tra comune e provincia - Approvazione da parte della giunta comunale - Legittimità

Deve escludersi che l'approvazione di un protocollo di intesa tra comune e provincia sia di competenza del consiglio comunale invece che della g.m. Il protocollo di intesa non pare, invero, assimilabile a una convenzione e agli altri strumenti similari per i quali l'art. 42, lettera c), del t.u.e.l. prevede la competenza del consiglio, trattandosi essenzialmente di accordi tra enti pubblici territoriali volti all'approntamento e gestione di servizi pubblici in comune.

T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza 20 marzo 2009, n. 322

Edilizia e urbanistica - Richiesta di autorizzazione alla riduzione della fascia di rispetto cimiteriale al fine del rilascio di concessione edilizia - Silenzio del comune - Illegittimità - Ragioni

L'art. 338 del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, come modificato dall'art. 28 della legge 1° agosto 2002 n. 166, attribuisce al consiglio comunale il potere di consentire, se non vi ostino ragioni igienico-sanitarie accertate dalla competente azienda Usl, la riduzione della zona di rispetto cimiteriale, tenendo conto degli elementi ambientali di pregio dell'area. Resta evidente che l'anzidetta attribuzione del potere decisionale all'organo consiliare non deve intendersi nel senso di riconoscere a quest'ultimo una mera facoltà di pronunciamiento, dovendosi piuttosto ritenere che, fermo restando l'obbligo di adottare un tempestivo provvedimento in risposta alle istanze all'uopo presentate, il consiglio comunale disponga di un ampio po-

tere discrezionale, da esercitarsi attraverso l'esplicazione in motivazione delle ragioni delle determinazioni assunte, circa l'autorizzabilità di interventi edificatori in deroga rispetto alla fascia di rispetto sanitario (nel caso di specie viene dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dal comune sulla richiesta di autorizzazione alla riduzione della fascia di rispetto cimiteriale al fine del rilascio della concessione edilizia per la costruzione di un fabbricato a uso residenziale).

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sentenza 16 marzo 2009, n. 204

1. Competenza e giurisdizione - Incarico a professionista non inserito nella struttura organica dell'ente - Delibera di revoca - Controversia - Attribuzione alla cognizione del giudice ordinario

2. Competenza e giurisdizione - Revoca di incarico di progettazione per ragioni di cattiva, ritardata od omessa esecuzione dell'incarico - Ricorso giurisdizionale - Inammissibilità - Per difetto di giurisdizione del g.a. - Disposto di cui all'art. 21-quinquies, comma 1-bis, della l. 241/1990 - Rilevanza ai fini del riparto di giurisdizione - Va esclusa

1. Il conferimento da parte di un ente pubblico di un incarico a un professionista non inserito nella struttura organica dell'ente, che mantenga pertanto la propria autonomia organizzativa e l'iscrizione nel relativo albo, costituisce espressione non già di un potestà amministrativa, bensì di autonomia privata, ed è funzionale all'instaurazione di un rapporto di cosiddetta parasubordinazione, riconducibile al lavoro autonomo, anche nell'ipotesi in cui il professionista riceva direttive e istruzioni dall'ente. In tale contesto, la delibera di revoca dell'incarico riveste natura non autoritativa di recesso contrattuale, con conseguente attribuzione della controversia alla cognizione del giudice ordinario (1).

2. È inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso per l'annullamento della revoca di un incarico di progettazione per ragioni di cattiva, ritardata od omessa esecuzione dell'incarico, considerato che, benché disposta con provvedimento formalmente autoritativo, essa determina una fattispecie risolutoria di un contratto già sorto e paritario, oltre che parzialmente eseguito, che riguar-

da gli obblighi esecutivi incombenti sulle parti in virtù del predetto rapporto patrizio, incidente su una situazione giuridica del privato avente natura di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo. Neppure rileva, ai fini del riparto di giurisdizione, il disposto di cui all'art. 21 *quinquies*, comma 1-*bis*, della l. 241/1990, come introdotto dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, che prevede, in ipotesi di revoca di un atto amministrativo a efficacia durevole o istantanea su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e che riconosce, in tali ipotesi, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, posto che, a prescindere dalla circostanza che nel caso di specie non si verte affatto in una controversia avente come oggetto la determinazione e la corresponsione dell'indennizzo per revoca, il disposto in questione si attaglia a fattispecie inerenti i profili indennitari e non le questioni inerenti l'esercizio del potere di risoluzione o recesso contrattuale, e comunque riguarda ipotesi di revoca in senso stretto, ossia di autotutela amministrativa, con rimeditazione, da parte dell'amministrazione, dell'opportunità del provvedimento amministrativo presupposto, restando viceversa estranee alla fattispecie le ipotesi in cui l'amministrazione, come nel caso, agisca *iure privatorum* all'interno del rapporto negoziale e sul presupposto dell'altrui inadempimento o non corretto adempimento.

(1) Cass., ss.uu., 19 ottobre 1998, n. 10370; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, n. 554/2008.

T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, sentenza 16 marzo 2009, n. 285

Enti locali - Assessori comunali e provinciali - Revoca - Motivazione - Esistenza di "mutate esigenze programmatiche" - Illegittimità

È illegittimo il provvedimento di revoca della nomina ad assessore comunale motivato con riferimento all'esistenza di "mutate esigenze programmatiche", considerato che tale motivazione deve ritenersi solo apparente. La genericità dell'affermazione non è, infatti, idonea a consentire un controllo giurisdizionale finalizzato a verificare la non arbitrarietà dell'esercizio del potere (1). Il cambiamento della strategia di governo, è bene

puntualizzare, potrebbe di per sé giustificare astrattamente la revoca ma soltanto se il sindaco, da un lato, espliciti quali siano gli indirizzi politici che hanno subito una variazione nell'azione del governo locale, dall'altro indichi quali siano le ragioni per le quali gli assessori in carica non risultino più "compatibili" con tali mutate esigenze. In altri termini il provvedimento di revoca deve specificare le cause "che hanno fatto venire meno il rapporto di carattere fiduciario" (2). In mancanza di tale esternazione non è possibile effettuare alcun controllo giurisdizionale volto a verificare la non arbitrarietà dell'esercizio del potere e dunque la congruenza dello stesso con la funzione tipica del potere stesso.

(1) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 22 novembre 2007, n. 3958.

(2) Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 01 febbraio 2000, n. 539.

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, sentenza 16 marzo 2009, n. 2694

1. Giustizia amministrativa - Risarcimento del danno da ritardo "puro" - Presupposti
2. Giustizia amministrativa - Istanza di concessione edilizia - Ritardo della p.a. nel rilascio - Ricorso per risarcimento danni - Inammissibilità - Fattispecie

1. Nel nostro diritto positivo non è previsto, allo stato attuale della legislazione, un meccanismo riparatore dei danni causati dal ritardo procedimentale in sé e per sé considerato. Il danno da ritardo non ha un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce ed è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima (1); infatti, non è risarcibile il danno da ritardo "puro" quando è disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretesivo fatto valere (e quando l'amministrazione abbia adottato con notevole ritardo, un provvedimento negativo rimasto inoppugnato) (2).

2. È inammissibile il ricorso per l'accertamento dell'illegittimità del comportamento e della responsabilità del comune in ordine al ritardo nel rilascio di una concessione edilizia, qualora nel lasso temporale del procedimento la società istante abbia contrapposto al compor-

tamento dell'amministrazione comunale solo degli atti di diffida, non utilizzando gli altri strumenti consentiti dall'ordinamento in materia di silenzio-inadempimento, senza opporre, altresì, gravame agli atti adottati dalle amministrazioni coinvolte e ritenuti dalla stessa società dilatori e lesivi; in tal modo, la società ha evidenziato un comportamento acquiescente a quello dell'amministrazione comunale, con conseguente derivazione di profili di inammissibilità del ricorso.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162.

(2) Cfr. ad. plen. n. 7/2005.

T.A.R. Toscana, sez. I, sentenza 13 marzo 2009, n. 417

1. Servizi pubblici - Società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione in house di beni e servizi strumentali alla loro attività - Art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. in legge n. 248/2006 - Ratio legis - Individuazione
2. Servizi pubblici - Società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione in house di beni e servizi strumentali alla loro attività - Art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. in legge n. 248/2006 - Cessazione delle attività non consentite - Periodo transitorio - Acquisizione di attività aggiuntive - Possibilità - Va esclusa
3. Servizi pubblici - Società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione in house di beni e servizi strumentali alla loro attività - Art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. in legge n. 248/2006 - Applicabilità anche alle camere di commercio - Va affermata

1. Nel delimitare l'ambito di propria applicazione l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, oltre a far riferimento alle "società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali", pone in luce come le suddette società devono avere come oggetto, alternativamente, o "la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti" ovvero "lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro compe-

tenza” ove consentito. Si tratta di un punto importante. La norma in esame detta come prima e più significativa prescrizione per le società pubbliche da essa disciplinate quella di “operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti”, con il corollario che le società stesse “non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara”. La *ratio legis* indicata dallo stesso art. 13 nel suo incipit – evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare la parità tra gli operatori – trova la sua principale esplicazione nella precisa delimitazione del ruolo delle società costituite o comunque partecipate dagli enti locali per la produzione *in house* di beni e servizi strumentali alla loro attività, delimitazione realizzata attraverso la imposizione di una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale, ed esercitanti il c.d. “controllo analogo”, ed enti beneficiari delle prestazioni delle società. In altre parole il significato precipuo della normativa è questo: è ben possibile che gli enti pubblici costituiscano società *in house* per lo svolgimento di attività strumentale, e nel far questo possono sottrarsi alle procedure di gara, però poi le società che ne derivano dovranno operare solo per gli enti che le hanno generate, non potendo utilizzare il vantaggio che deriva loro da quella particolare origine, e dallo svolgimento privilegiato delle attività per conto degli enti costituenti, per partecipare a procedure di affidamento da parte di altri soggetti pubblici in condizione di solo apparente concorrenza con gli altri operatori economici.

2. Il comma 4 dell’art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, prevede la salvezza dei “contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”. Tale norma non riguarda tuttavia il caso in cui la gara sia stata indetta dopo l’entrata in vigore del d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248). Il comma 3 dell’art. 13 cit. prevede invece che le società di cui al comma 1 della stessa norma cessino le attività a loro non consentite dopo un termine piuttosto ampio (30 mesi poi ancora ampliati) dall’entrata in vigore del d.l. n. 223, introducendo quindi un periodo transitorio in cui le socie-

tà medesime possono continuare le attività intraprese. Si tratta tuttavia di disciplina riferita alle attività in essere, le quali possono legittimamente essere svolte nell’ambito del periodo di comportamento previsto dalla legge, non già della previsione della possibile acquisizione in tale periodo, mediante la partecipazione a ulteriori gare, di attività aggiuntive in aperta violazione dello statuto giuridico fissato per le società *de quibus* dal comma 1 del medesimo art. 13.

3. L’art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, è applicabile anche alle camere di commercio, il generico riferimento alle “amministrazioni pubbliche locali”, non potendo essere letto restrittivamente come riferito ai soli enti territoriale, ma dovendo viceversa essere interpretato come avente riguardo a tutte le pubbliche amministrazioni che perseguano il soddisfacimento di interessi pubblici locali entro un determinato ambito territoriale (1).

(1) Cfr. anche T.A.R. Milano, sez. 1, n. 140 del 2007.

T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 12 marzo 2009, n. 623

1. Pubblico impiego – Delega di funzioni dirigenziali – Ex art. 17, comma 1-bis, d.lgs. n. 165 del 2001 – Sostituzione “per il disbrigo degli affari correnti” – Legittimità

2. Atti e provvedimenti amministrativi – Firma apposta in calce – Illeggibilità – Invalidità ex se del provvedimento – Va esclusa – Individuazione per *relationem* alla persona fisica che ricopre la carica pro tempore – Possibilità

3. Edilizia e urbanistica – Autorizzazione paesaggistica rilasciata dal comune – Controllo attribuito all’autorità statale – Ambito

1. Considerato che l’art. 17, comma 1-bis, del d.lgs 165/2001, introdotto con la l. 145/2002, abilita i dirigenti a delegare “alcune competenze comprese nelle funzioni di cui alle lettere *b)*, *d)* ed *e)*, del comma 1” ai dipendenti con posizione funzionale più elevata nell’ambito degli uffici a essi affidati, ben può il soprintendente delegare un proprio dipendente architetto a sostituirlo (per pochi giorni) “per il disbrigo degli affari correnti”; in tal caso, il contenuto dell’atto di delega è chiaro

nell’investire il destinatario del compito di adottare, in assenza del dirigente titolare, gli atti di ordinaria amministrazione. La norma sopra richiamata, di rango legislativo, non introduce particolari vincoli all’ampiezza della delega, salva la necessità di specificare la tipologia di attribuzioni demandate al delegato: così oltre al singolo procedimento o al singolo affare può essere affidata al sottoposto l’attività di normale gestione dell’ufficio, che contempla l’adozione di atti e provvedimenti amministrativi (art. 17, comma 1, lett. *b)*, con implicita esclusione della gestione cd. straordinaria, ossia della possibilità di assumere decisioni tecniche, organizzative e strategiche di rilevante spessore e di rilevanza generale. Peraltro tale interpretazione risponde anche a canoni di logicità e buon andamento, dato che l’assenza per pochi giorni del titolare di un ufficio per i più svariati motivi (formazione, incontri di vertice, ferie, ecc.) non può comportare la paralisi o il rallentamento dell’attività ordinaria.

2. L’illeggibilità della firma apposta in calce a un provvedimento amministrativo non ne comporta *ex se* l’invalidità per impossibilità di individuare l’autore, quando dall’atto stesso risultino altri elementi sufficienti per tale individuazione: in particolare è sufficiente poter risalire all’organo che ha emesso l’atto, e dunque *per relationem* – ove sia necessario – alla persona fisica che ricopre la carica *pro tempore* e che ha reso la sottoscrizione (1). (Nella specie la persona fisica incardinata temporaneamente nell’ufficio è stata individuata con l’atto di delega prodotto in atti).

3. Il controllo che compete all’autorità statale a estrema difesa del vincolo paesaggistico investe la legittimità del procedimento autorizzatorio, e si concentra principalmente sull’esaudività della documentazione allegata alla pratica già esaminata e vagliata dal comune, che ha poi emesso il provvedimento favorevole. Le integrazioni afferiscono dunque a eventuali carenze od omissioni riscontrate in sede di trasmissione delle planimetrie e degli elaborati alla soprintendenza, mentre non possono riguardare documenti che il comune non ha mai provveduto ad acquisire (2).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 agosto 2002, n. 4246.

(2) Cfr. sentenza 4 agosto 2008, n. 847.

circolari & pareri

Ministero dell'interno, parere 16 marzo 2009

Applicazione della disciplina assunzionale, per ente con popolazione inferiore ai tremila abitanti, contenuta nell'art. 1, comma 562, l. n. 296/2006

Un'amministrazione, con popolazione inferiore ai tremila abitanti, ha chiesto al Ministero dell'interno se possa considerarsi ente soggetto alle limitazioni assunzionali, e quindi utilizzare la graduatoria di un concorso per istruttore direttivo di vigilanza, approvata nel dicembre del 2002, tenuto conto dell'ulteriore proroga al 31.12.2009 del termine di validità delle graduatorie medesime, disposta dall'art. 5 del d.l. n. 207/2008, per le amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni. Al riguardo il predetto Ministero ha rilevato:

"[...] che l'art. 5 del citato d.l. n. 207/2008 convertito dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, ha prorogato al 31 dicembre 2009 il termine di validità delle graduatorie di cui al comma 100 dell'art. 1, della legge 311/2004, e si applica alle graduatorie per le assunzioni a tempo indeterminato approvate successivamente al 1 gennaio 1999, relativamente alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni.

Per quanto attiene al caso di specie, si precisa che per gli enti con popolazione inferiore ai 5000 abitanti e, quindi, non soggetti al patto di stabilità interno, trova applicazione la disciplina assunzionale contenuta nel comma 562, dell'art. 1 della legge n. 296/2006, che prevede la possibilità di assumere personale nell'ambito delle cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato intervenute nell'anno precedente, compreso l'eventuale personale da stabilizzare, e comunque nel rispetto del limite della spesa di personale riferito all'anno 2004.

È bene rammentare che a tale comma, l'art. 3, comma 121, della legge n. 244/2007, ha apportato un'aggiunta, attualmente vigente solo per gli enti con un

numero di dipendenti inferiore a 10, che consente la possibilità di derogare ai vincoli fissati dal comma 562, purché sia attestata la presenza delle specifiche condizioni indicate alle lettere a) e b), del medesimo comma 121, ovvero, che il volume della spesa per il personale non sia superiore al parametro obiettivo valido ai fini dell'accertamento della condizione di ente strutturalmente deficitario, ridotto del 15 per cento e che il rapporto dipendenti/popolazione non superi quello determinato per gli enti in condizioni di dissesto ridotto del 20%.

Per quanto sopra, dovendosi riconoscere il carattere vincolistico della disciplina assunzionale in vigore per gli enti non soggetti al patto di stabilità, si ritiene che l'ente in questione possa utilizzare la graduatoria di concorso approvata nel dicembre 2002, applicandosi la proroga prevista dal richiamato art. 5 del d.l. n. 207/2008, convertito dalla legge n. 14/2009. Si deve tenere presente, tuttavia, che l'utilizzazione della graduatoria medesima è possibile per la copertura dei posti che si sono resi successivamente vacanti e disponibili, con l'eccezione dei posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso di cui trattasi".

Ministero dell'interno, parere 23 febbraio 2009

Affidamento diretto di servizi pubblici erogati da una società a responsabilità limitata, interamente partecipata

Un comune ha sottoposto al Ministero dell'interno talune questioni in ordine all'affidamento diretto di servizi pubblici erogati da una società a responsabilità limitata, interamente partecipata.

Nella sostanza sono state poste le questioni inerenti: a) la possibilità di mantenere l'affidamento diretto delle gestioni in atto (il campeggio comunale, per la gestione del quale l'ente ha provveduto attraverso la stipula di un contratto di affit-

to d'azienda e le manifestazioni dell'ente, affidate con contratto di prestazione di servizi); b) la possibilità di procedere all'affidamento diretto alla società già esistente del servizio di costruzione e gestione pluriennale di un parcheggio pubblico a pagamento. È stato fornito il seguente parere:

"In relazione alla prima, occorre far riferimento alle disposizioni di cui all'articolo 3, commi 27-32, della legge n. 244/2007, concernenti le partecipazioni societarie da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

Giova premettere che il legislatore con le disposizioni citate ha inteso perseguire lo scopo da un lato di garantire che le società costituite o detenute siano effettivamente strumentali all'attività istituzionale dell'ente, dall'altro, di determinare una riduzione delle partecipazioni societarie, evitando che i percorsi di esternalizzazione determinino la moltiplicazione dei costi.

Pertanto, il citato comma 27 dell'art. 3 vieta alla generalità delle amministrazioni pubbliche, inclusi gli enti locali, di costituire, assumere o mantenere, direttamente o indirettamente, partecipazioni in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Data l'analoga ratio ispiratrice di tutela della concorrenza e del mercato, si richiama anche l'art. 13, comma 1, d.l. 223/2006 (c.d. Bersani 1), convertito nella legge n. 248/2006 che prevede il divieto di partecipazione a gare indette da altre amministrazioni nei confronti delle «società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite da amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali».

Nel delineato contesto normativo, si evidenzia come ogni valutazione in ordine all'assunzione di nuove partecipazio-

ni e al mantenimento delle attuali è rimessa all'autorizzazione – secondo il disposto del comma 28 –, dell'organo consiliare con delibera motivata che accerti la sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 (cfr. deliberazioni sezione regionale di controllo per la Puglia n. 3/ PAR/2008 del 26 febbraio e deliberazione n. 15/PAR/2008 del 27 maggio).

Peraltro, la corretta individuazione delle attività di produzione di beni e servizi che sono strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente può anche essere correlata alle disposizioni dello statuto del comune interessato che, nel caso de quo, prevede all'art. 2, tra i principi programmatici, anche la promozione, consolidazione e sviluppo di ben individuate attività e servizi pubblici.

L'ente potrà inoltre fare riferimento all'art. 13 del d.lgs. n. 267/2000 che, seppur genericamente, individua le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale e regionale, secondo le rispettive competenze.

Sempre ai fini della suddetta individuazione, occorre poi sottolineare come nel tempo si siano estesi gli ambiti di intervento dell'azione comunale, tipici dei servizi pubblici locali (quali, per esempio, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, la distribuzione di acqua, gas, energia, il trasporto pubblico urbano); i comuni hanno infatti esteso i confini della propria attività, partecipando direttamente o indirettamente a società per gestire, per esempio, farmacie, centrali del latte, mercati ittici, servizi di onoranze funebri.

Passando infine alla ulteriore questione posta attinente nuovi affidamenti *in house providing* si formulano le seguenti considerazioni.

Appurato il carattere strumentale del servizio pubblico con rilevanza economica, la normativa di riferimento è l'art. 23-*bis* della legge 133/2008 che, nell'abrogare l'art. 113 t.u.e.l. nelle parti con essa incompatibili, ha notevolmente modificato la disciplina della materia, fissando, per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali la regola generale dell'espletamento delle procedure com-

petitive a evidenza pubblica, nell'osservanza dei principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario.

È opportuno segnalare come anche la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, richiama il principio fondamentale secondo cui l'attività contrattuale della pubblica amministrazione da cui derivi un'entrata o una spesa deve essere preceduta da gara e afferma chiaramente che «l'affidamento di appalti di servizi mediante gara costituisce la regola generale applicabile anche ai servizi fuori della portata delle direttive sugli appalti» (sez. V, 4 marzo 2008, n. 889; sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5781).

A dette pronunzie è opportuno riferirsi anche in ordine all'istanza di codesto ente volta a conoscere se sia possibile procedere all'affidamento diretto di detti servizi.

Infatti, l'Alto Consesso in occasione della sentenza da ultimo citata afferma che «ai fini della legittimità dell'affidamento in house dei servizi pubblici è necessario che la società in house agisca come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostantivo (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), e solo a tali condizioni può essere affidataria diretta del servizio pubblico. Inoltre, la Corte di giustizia ha posto quale condizione della legittimità dell'affidamento diretto, tra l'altro, la mancanza di soci privati nella compagine societaria» (Corte giust. Ce, grande sezione, 8.4.2008, n. 337).

Sempre in materia di affidamento diretto si segnala anche la recentissima sentenza n. 591 del 3 febbraio scorso con la quale il Consiglio di Stato, sez. V, ha chiarito, con riguardo al metodo del c.d. *in house providing*, che «ai fini della legittimità dell'affidamento diretto e senza gara [...], il presupposto della proprietà pubblica della totalità del capitale sociale, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, deve anche sussistere per tutta la durata del rapporto e deve quindi essere garantito da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto a opera dello statuto. È illegittimo pertanto l'affidamento diretto di un servizio pubblico a una società, nel caso in cui lo statu-

to di quest'ultima non garantisca in via certa e permanente l'incapacità a privati delle azioni».

Alla luce della giurisprudenza citata l'ente locale interessato avrà quindi cura di verificare che le norme dello statuto della società interamente partecipata consentano di rispettare i suddetti requisiti di legittimità.

Si aggiunge infine che i commi 3 e 4 dello stesso articolo 23-*bis* definiscono il modello funzionale dell'affidamento *in house* e sono disciplinate le condizioni che legittimano il ricorso a procedure in deroga, prevedendo la previa richiesta di parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

In proposito si segnala che detta Autorità, il 16 ottobre 2008, ha deliberato di adottare la «comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 23-*bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133», nel cui testo è riportata la definizione di servizi pubblici locali di rilevanza economica, i relativi modelli di affidamento e anche le modalità di presentazione della richiesta di parere all'Autorità ai sensi del comma 4 del citato articolo.

Si segnala infine, in ordine all'applicazione delle ulteriori disposizioni contenute nel comma 10 del citato art. 23-*bis*, che, essendo tuttora in corso lo studio per la predisposizione dei relativi regolamenti di attuazione da parte del Governo, ogni ulteriore considerazione potrà essere svolta solo successivamente all'emanazione, quando saranno anche individuate le norme che risultano abrogate dal citato art. 23-*bis*».

Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere 2 marzo 2009, n. 49

Interpretazione dell'art. 2, comma 28, della legge finanziaria n. 244/2007 (possibilità per i comuni di aderire a una sola forma associativa per la gestione del medesimo servizio)

Alla sezione di controllo della Corte dei conti della Regione Lombardia il sindaco di un comune, rappresentando anche la sua qualità di presidente di un'assemblea consortile, ha chiesto un parere riguardo all'interpretazione dell'art. 2, comma 28, legge finanziaria 2008, sottolineando la difficoltà che incontrerebbero gli enti locali partecipanti al consorzio ove venisse applicata in modo letterale la norma, te-

nendo presente anche la particolare finalità del consorzio e la sua rilevanza sociale per gli abitanti del territorio. In merito la magistratura contabile lombarda ha rappresentato quanto segue:

“[...] il richiedente prospetta una possibile interpretazione della norma, peraltro avanzata dall’Anci nazionale, secondo la quale non rientrano nel campo applicativo della disposizione i consorzi la cui costituzione è stata promossa e ai quali partecipano nella gestione la provincia, la camera di commercio, la regione o altri enti pubblici.

Nella richiesta viene anche prospettata l’esigenza del raccordo fra la legge (art. 2, comma 28, della legge 244/2007) nazionale e la successiva legge Regione Lombardia n. 19 del 27 giugno 2008, nella quale la limitazione alla partecipazione è prevista soggettivamente per i soli comuni e oggettivamente per una sola forma associativa per ogni funzione o servizio.

In proposito va innanzitutto posto in evidenza che la norma di cui si discute è stata introdotta «ai fini di semplificazione delle varietà e delle diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture». La finalità della norma viene espressamente individuata in esigenze organizzative di semplificazione e riorganizzazione delle forme strutturali attraverso le quali i comuni rendono servizi pubblici non economici.

La espressa finalità della norma pone dubbi sulla sua coerenza con il dettato dell’art. 117 Cost. alla luce anche della sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004.

Peraltro esigenze di coordinamento della finanza pubblica eventualmente sottostanti alla disposizione di cui si discute e riconducibili ai cosiddetti «costi della politica», esigenze peraltro non espressamente invocate, potrebbero consentire l’introduzione di principi ai quali dovrebbero conformarsi la potestà legislativa regionale e la potestà regolamentare degli enti locali. In quest’ottica va posto in evidenza che l’art. 2, comma 28, della legge 244/2007 si colloca in un contesto normativo inteso a favorire, attraverso la gestione associata dei servizi in ambito locale ma anche la riduzione del numero di partecipazione degli enti alle più svariate forme associative, il contenimento e la razionalizzazione dei costi delle forme

di partecipazione esterna unitamente alla maggiore efficienza ed economicità dei servizi resi.

In proposito va ricordato, rimanendo nell’ambito ora descritto, che la legge Regione Lombardia 27 giugno 2008, n. 19, avente a oggetto il riordino delle comunità montane della Lombardia, nel dettare la disciplina delle Unioni di comuni lombardi e il sostegno all’esercizio associato di funzioni e servizi comunali, ha previsto (art. 17, comma 4) per quanto riguarda le unioni dei comuni, che per ogni funzione o servizio il comune può partecipare a una sola forma associativa.

La norma, che rientra nell’ambito della competenza legislativa regionale, detta un criterio di concentrazione organizzativa di carattere funzionale e perciò diversa da quello meramente numerico del comma 28 dell’art. 2 della legge finanziaria 2008.

L’individuazione di un criterio funzionale coerente con le finalità di riduzione della spesa e di maggiore efficienza ed economicità nella gestione dei servizi pubblici può costituire una idonea chiave di interpretazione dell’art. 2, comma 28, della legge n. 244/2007 anche per darne una lettura coerente con i principi costituzionali.

In sostanza l’unicità della partecipazione riferita a ciascuna funzione o servizio comunale da un lato evita inutili duplicazioni di partecipazione, dall’altro consente la gestione del servizio in forma associata tra più comuni che è finalità presente nel tessuto della legge finanziaria 2008 e coerente con le esigenze di razionalizzazione, efficacia ed economicità dei servizi pubblici.

Una tale lettura peraltro è stata adottata nella legge 27 febbraio 2009, n. 14 di conversione del d.l. n. 2007/2008 nel cui ambito la dizione contenuta nel testo del comma 28 dell’art. 2 della legge n. 244/2007 «è consentita l’adesione a un’unica forma associativa» è stata integrata con le parole «per gestire il medesimo servizio».

Nei termini il quesito avanzato ha trovato adeguata soluzione.

Sotto il profilo dell’ambito di efficacia della norma va affermato che essa si rivolge a tutti i comuni, indipendentemente dalla costituzione e partecipazione soggettiva della forma associativa e quindi dalla sua costituzione o partecipazione prevalente da parte di enti sovracomunali. In

tal senso è decisivo il riferimento all’art. 31 del d.l. n. 267/2000.

Conclusivamente la sezione ritiene che l’art. 2, comma 28, della legge n. 244/2007 debba essere interpretata, anche in base alla novella recata in sede di conversione del d.l. n. 207/2008, nel senso che i comuni possono partecipare a una sola forma associativa per la gestione di ciascun servizio pubblico, inibendo pluralità di partecipazioni per la gestione del medesimo servizio”.

Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere 24 febbraio 2009, n. 41

Valutazione della spesa per il personale in caso di reintegro dei dipendenti di società in house posta in liquidazione

Alla sezione di controllo della Corte dei conti della Regione Lombardia il sindaco di un comune ha richiesto un parere in merito alla corretta interpretazione della valutazione della spesa per il personale in caso di reintegro dei dipendenti della società *in house* posta in liquidazione. Al riguardo la predetta sezione ha considerato quanto segue:

“[...] Preliminarmente si deve rimarcare che con la decisione n. 68/pareri/2008, si era già reso l’orientamento circa la possibilità di riassorbire nell’organico comunale ai sensi dell’art. 2112 c.c. i dipendenti della società *in house* xxx, ferme restando le norme a salvaguardia del principio di tendenziale riduzione della spesa di personale.

In ordine alla modalità e ai criteri di computo della spesa di personale, a prescindere dalle raccomandazioni racchiuse nei principi contabili elaborati dall’Osservatorio sulla finanza degli enti locali, si rammenta che tanto la legge finanziaria per l’anno 2008, quanto la legge finanziaria per l’anno 2009 hanno dettato regole cogenti in materia.

Il principio che si pone alla base delle recenti norme finanziarie si concretizza nella tendenziale e costante riduzione della spesa pubblica per il personale degli enti locali, mediante il raffronto comparativo fra la spesa storica stabilita per l’anno 2004 e quella per l’anno 2007.

Con le recenti modifiche legislative apportate al sistema della finanza pubblica locale dalle leggi n. 244/2007 e 133/2008, si è modificata la base di calcolo delle spese per il personale sostenute dall’ente lo-

cale, in virtù di una tendenza omnicomprensiva dei vari plessi e organizzazioni in cui si articola la pubblica amministrazione. Sono pertanto da considerarsi sostenute direttamente dall'ente locale le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa fra vari enti pubblici locali. Di contro, per quanto concerne la società mista, la contabilizzazione delle spese sostenute per i dipendenti della società partecipata verrà consolidata nel computo delle spese di personale dell'ente locale esclusivamente nel caso in cui al momento della costituzione vi è stato un trasferimento di personale dalla pubblica amministrazione alla società, con obbligo di retrocessione dei dipendenti in caso di scioglimento e messa in liquidazione della stessa.

In materia di esternalizzazione dei servizi, analizzando il fenomeno sia nella sua fase espansiva, che in quella regressiva, si richiamano le deliberazioni n. 23/pareri/2008, n. 78/pareri/2008, n. 79/pareri/2008, 81/pareri/2008, n. 84/pareri/2008 e, infine, n. 99/pareri/2008 di questa sezione.

Si richiama, inoltre, la pronuncia n. 93/pareri/2008 con la quale si estende il principio dell'unicità dell'amministrazione e dell'omogeneità dei criteri di computo della spesa di personale nel caso di scioglimento di convenzione fra comuni unionisti, ovvero di retrocessione di una quota dei dipendenti «unionisti» ai comuni di provenienza.

In sintesi, la sezione di controllo per la Lombardia ha più volte affermato che, il comune, pur nella propria autonoma e libera determinazione, dovrà tener conto che lo strumento dell'affidamento di servizi a enti partecipati non può comunque venire utilizzato per eludere le normative pubblicistiche in tema di finanza pubblica o attività contrattuale che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione; in particolare, la disciplina vincolistica in materia di personale deve essere intesa come riferibile non soltanto all'ente stesso, ma anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto. In estrema sintesi, i lavoratori assunti dalla società *in house*, *sub specie* xxx S.p.a., debbono considerarsi, ai fini della spesa di personale dell'ente pubblico, dipendenti comunali a

tutti gli effetti.

Se ciò è il principio da adottare nella fase di espansione delle esternalizzazioni, *a fortiori* il criterio della tendenziale unicità dell'amministrazione si espande in tutto il suo vigore anche nelle fasi di recupero della gestione diretta dei servizi pubblici, in precedenza affidati all'esterno tramite organismi variamente partecipati. La rimodulazione della forma organizzativa dell'ente locale non può essere compiuta a detrimento delle norme che prescrivono il contenimento e la riduzione della spesa per il personale.

Sul piano normativo si rammenta che l'art. 76 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in l. n. 133/2008) ha stabilito che, in relazione all'articolo 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente.

Si ritiene di ricomprendere nell'ambito di operatività del comma 4 dell'art. 76 anche l'affidamento dei servizi pubblici a società variamente partecipate o denominate, in conformità con il dato testuale e la *ratio legis* sottesa alla legge n. 133/2008.

Il computo delle spese di personale dovrà dunque attenersi a criteri di consolidazione della spesa, comprensivi anche delle spese per i dipendenti in forza delle società *in house* e delle società miste nei termini suesposti.

Ne consegue che nel computo complessivo del quadro organizzativo del comune dovranno essere calcolati non solo gli attuali dipendenti comunali, ma anche tutti coloro che sono impiegati nella società totalitariamente partecipata, qualora vi sia stato trasferimento di personale al momento della costituzione e sia previsto l'obbligo di retrocessione del personale in caso di dimissione o messa in liquidazione della società.

Peraltro, per quanto attiene specificamente alla seconda parte del quesito proposto, il personale assunto direttamente dalla società per l'espletamento del servizio di pulizia delle strade comunali, in caso di reinserimento nell'organico dell'en-

te a seguito di ricollocamento del personale, deve essere considerato a tutti gli effetti quale realizzata copertura del posto di funzione.

Per quel che concerne i criteri che disciplinano le spese per il personale, la legge finanziaria per il 2007 ha poi dettato alcune specifiche norme in materia di contenimento di dette spese modificando quelle introdotte con le precedenti leggi finanziarie, al fine di concorrere a salvaguardare gli obiettivi di finanza pubblica, correlandoli alla normativa sul patto di stabilità interno.

La legge finanziaria n. 244/2007 ha dettato una disciplina di carattere generale che è applicabile a tutti i comuni che sono sottoposti al patto di stabilità interno, i quali sono tenuti a contenere le spese del personale nell'ambito del rispetto dei vincoli generali posti dalla disciplina del patto, mentre per i comuni non sottoposti alle regole del patto di stabilità interno ha stabilito l'obbligo di contenere le spese di personale in relazione a quanto speso nell'anno 2004 e il divieto di procedere a nuove assunzioni di personale se non entro limiti ristretti e correlati a precedenti cessazioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Il legislatore ha dunque riaffermato la soggezione incondizionata agli obiettivi del patto di stabilità interno delle spese per il personale, in ragione della particolare rilevanza di tale tipologia di oneri gravanti sugli equilibri di bilancio dell'ente locale.

Le disposizioni vigenti in materia di spese del personale per gli enti sottoposti ai vincoli del patto di stabilità, sono da individuarsi nell'art. 1, comma 557, della legge 296/2006, come integrato dall'art. 3, commi 120 e 121, della legge 244/2007 e dall'art. 76 della legge 133/2008.

Si deve rimarcare che, ai sensi dell'art. 76, commi 6 e 7, la citata legge finanziaria n. 133/2008 ha previsto che: «con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, previo accordo tra Governo, regioni e autonomie locali da concludersi in sede di Conferenza unificata, sono definiti parametri e criteri di virtuosità, con correlati obiettivi differenziati di risparmio, tenuto conto delle dimensioni demografiche degli enti, delle percentuali di incidenza delle spese di personale attualmente esistenti rispetto alla spesa

corrente e dell'andamento di tale tipologia di spesa nel quinquennio precedente. In tale sede sono altresì definiti: a) criteri e modalità per estendere la norma anche agli enti non sottoposti al patto di stabilità interno [...] fino all'emanazione del decreto di cui al comma 6 è fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50% delle spese correnti, di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale».

In conclusione, il comune di xxx soggiace alla disciplina vincolistica in materia di spese del personale e dovrà pertanto computare nella dotazione dei dipendenti attualmente in servizio, tutti i soggetti a vario titolo utilizzati in strutture e organismi variamente denominati e partecipati, o comunque facenti capo all'ente, utilizzando criteri di calcolo omogenei tanto per il 2008 che per il 2009, e avrà cura di mantenere le spese di personale in linea con i parametri normativi specificati dagli artt. 1, comma 557, della legge 296/2006, 3, commi 120 e 121, della legge 244/2007 e 76 della legge 133/2008”.

**Ministero dello sviluppo economico,
risoluzione 20 gennaio 2009, prot. n. 5312
Etichettatura di prodotti alimentari
di cui al decreto legislativo 27 gennaio
1992 n.109. Irrogazione sanzioni - auto-
rità competente**

Al Ministero dello sviluppo economico sono stati chiesti chiarimenti circa l'individuazione dell'autorità competente a emettere le sanzioni alla luce del principio giurisprudenziale, elaborato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 24724 del 28 novembre 2008, in base al quale appartiene allo Stato il potere di emettere ordinanza-ingiunzione di pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria. A riguardo il succitato Ministero ha osservato quanto segue:

“[...] il prefato decreto legislativo, nella sua originaria formulazione, nel disciplinare le sanzioni da applicarsi per le violazioni della normativa ivi prevista, senza nulla dire circa l'individuazione dell'autorità competente a irrogare la sanzione, stabiliva che il relativo importo sanzionatorio andava versato all'ufficio del regi-

stro competente per territorio (cfr. art. 18 originaria formulazione).

A seguito della modifica normativa avuta a opera dell'articolo 16 del decreto legislativo 23 giugno 2003 n. 181 (*Gazz. Uff.* 21 luglio 2003, n. 167), l'articolo 18, comma 4, del provvedimento in questione, nella sua nuova formulazione tuttora vigente, stabilisce espressamente che “la competenza in materia di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie spetta alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano competenti per territorio”.

Alla luce di quanto sopra esposto, è opinione della scrivente che il principio elaborato dalla sentenza richiamata da codesto ente sia stato formulato alla luce della normativa vigente, *ratione temporis*, al momento dell'impugnata sanzione (avvenuta prima della innovazione legislativa del 2003), e che la chiarezza della nuova disposizione normativa non lascia dubbi sull'individuazione dell'ente oggi competente (regioni e province autonome) ad applicare le relative sanzioni [...]”.

quesiti

Assunzione di vigili stagionali

QUESITO *Può essere assunto un agente di polizia municipale, stagionale, oltre il limite di spesa previsto per il personale comunale, considerato che l'art. 208, comma 4-bis, del codice della strada, consente agli enti locali di destinare quota parte del 50 per cento ad assunzioni di personale stagionale a progetto, nelle forme del contratto a tempo determinato e a forme flessibili di lavoro?*

RISPOSTA Secondo un parere espresso dalla sezione regionale di controllo del Veneto (parere n. 18 del 14.9.2007) le spese di personale relative all'assunzione di vigili stagionali sono escluse dal computo della spesa del personale, in quanto trovano una copertura finanziaria autonoma attraverso i proventi del codice della strada. Pertanto tali spese, non entrando di fatto nel monte spesa personale, si ritiene possano essere effettuate. Se però l'ente non ha rispettato il patto di stabilità nell'esercizio precedente, esiste un divieto assoluto a effettuare assunzioni di personale a prescindere dal monte spesa e pertanto, in questo caso, sarebbero comunque vietate.

Trattamento economico

QUESITO *I responsabili del servizio tecnico edilizia pubblica e il tecnico responsabile edilizia privata sono stati nominati rispettivamente presidente e membro della commissione giudicatrice delle offerte per l'individuazione del soggetto promotore per la concessione di un lavoro pubblico finanziato con project financing. Possono i due tecnici percepire un compenso per tale incarico, dal momento che gli stessi percepiscono già l'indennità di posizione e di risultato? Si precisa che la spesa sarà addebitata al soggetto concessionario del lavoro.*

RISPOSTA Ai responsabili dei servizi per il principio dell'omnicomprensivi-

vi del trattamento economico non possono essere attribuiti ulteriori compensi per le attività svolte nell'ente tra cui anche i gettoni per le commissioni. Possono essere attribuiti solo quei compensi aggiuntivi espressamente previsti da norme di legge.

Autorizzazione impianto chimico

QUESITO *Nel comune xxx dovrà essere realizzato un impianto chimico per la produzione di idrocarburi la cui previsione, come facilmente immaginabile, suscita allarme nella collettività. Affinché l'amministrazione comunale possa avviare legittimamente l'iter autorizzatorio, è necessario conoscere quali normative ambientali devono rispettarsi affinché il procedimento urbanistico ed edilizio si svolga correttamente.*

RISPOSTA Non vi è dubbio che l'enorme rilevanza di un impianto quale quello di cui al quesito posto richieda a una amministrazione di esaminare e risolvere preliminarmente, rispetto a ogni altra, la questione delle implicazioni ambientali connesse allo stesso impianto e che la nuova normativa del t.u. ambiente (d.lgs. 152/2006 come modificato dal d.lgs. 4/2008) ha ritenuto di puntualizzare compiutamente in rapporto alla procedura specifica per tali tipi di impianti (di cui al d.lgs. 59/2005, tuttora in vigore anche se parzialmente modificato dal citato d.lgs. 4/2008). Si tratta di esaminare, cioè, se sia sufficiente a tali fini ambientali ottenere la autorizzazione integrata ambientale (in appresso Aia) oppure occorrono altri provvedimenti del genere. Al riguardo occorre precisare, in via preliminare, che con l'emanazione della direttiva 96/91/Ce del 24 settembre 1996, la Comunità europea ha inteso rafforzare la tutela dell'ambiente attraverso la previsione di un ulteriore atto autorizzatorio rispetto alle già esistenti valutazioni di impatto ambientale (per brevità, Via),

nonché valutazione di incidenza (per brevità, Vinca). Poiché la dir. 96/91/Ce non contiene una denominazione in particolare dell'atto in questione (qualificandolo, infatti, genericamente come "autorizzazione"), lo stesso è stato allora denominato convenzionalmente *Integrated Pollution Prevention and Control* (IPPC), utilizzando l'espressione che, a rigore, non individua un atto autorizzatorio, bensì, al contrario, il nuovo riferimento di tutela ambientale che si è inteso perseguire attraverso l'emanazione dell'atto stesso. Tale espressione è adoperata anche dal legislatore italiano del d.lgs. 152/2006 (nella rubrica della parte II). Il controllo e la prevenzione dell'inquinamento vengono definiti integrati al fine di garantire un adeguato coordinamento di tutte le autorità competenti coinvolte nella procedura di rilascio dell'IPPC (art. 7, direttiva citata). Si segnala da ultimo che la direttiva 96/91/Ce è stata abrogata dall'art. 22 della direttiva 2002/01/Ce del 15 gennaio 2008 (in vigore dal 18 febbraio 2008), pertanto ogni riferimento agli articoli della dir. 96/91/Ce deve oggi intendersi effettuato alle disposizioni della nuova direttiva. La direttiva 96/91/Ce è stata recepita in Italia dal d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59 il quale ricalca nella sostanza le medesime disposizioni di cui alla direttiva europea (segnatamente per quanto concerne gli obiettivi e le definizioni dei termini che ricorrono nel testo legislativo, nonché le attività individuate, introducendo la specifica definizione del provvedimento sopraindicata, vale a dire Autorizzazione integrata ambientale.

Ai fini del quesito in parola, corre l'obbligo di segnalare che gli artt. 5 e ss. del predetto decreto disciplinano l'iter procedurale (che potrebbe essere anche la Conferenza di servizi) ai fini del rilascio dell'Aia e che autorità competenti all'emanazione del provvedimento autorizzatorio sono: Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per gli impianti di competenza statale di cui all'allegato V (es. impianti di gassificazione e lique-

fazione di almeno 500 ton (Mg) al giorno di carbone).

Le regioni o le province autonome per le altre tipologie di impianti (anche potendo le stesse individuare altro soggetto competente in base alla loro autonomia). Non può, però, sottacersi che, anche a seguito delle soprarichiamate modifiche introdotte al t.u. ambiente sia necessario esaminare i rapporti tra l'autorizzazione Aia di cui trattasi e gli altri provvedimenti ambientali in precedenza citati (vale a dire, Via e Vinca). Sul piano giuridico il provvedimento in parola è nettamente distinto da quelli di Via, Vas e Vinca, diversi essendo i campi applicativi di ciascun atto, così come regolamentati dalle rispettive normative. Ciò posto, peraltro, deve segnalarsi come l'art. 10, comma 1, del d.lgs. 152/2006 e ss.mm., con l'evidente finalità di semplificazione del procedimento amministrativo, dispone che il provvedimento di Via si sostituisca a quello di Aia per tutti quei progetti di competenza statale che ricadano nel campo di applicazione dell'allegato V del d.lgs. 59/2005 (tra i quali, a quanto è dato evincere, sembrerebbe rientrare quello di cui al presente quesito). In tal caso, in sede di istruttoria lo studio di impatto ambientale e gli elaborati progettuali conterranno anche quelle informazioni che, a mente dell'art. 5 del d.lgs. 59/2005, sono normalmente inseriti all'interno della richiesta di rilascio Aia, mentre il provvedimento di Via conterrà anche le indicazioni di cui agli artt. 7 e 8 del decreto Aia (per esempio i valori di emissione fissati per ciascuna sostanza inquinante). In ogni caso si rileva la persistente differente natura dei due provvedimenti, poiché, infatti, se l'Aia incide sugli aspetti gestionali di un impianto, la Via, al contrario, interviene sotto il profilo squisitamente localizzativo e strutturale (in questi termini, si veda in giurisprudenza, T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 26 novembre 2007, n. 3365, ma anche, per certi versi, T.A.R. Puglia, Lecce, 21 febbraio 2008, n. 557). Nei termini suindicati si possono delineare le procedure ambientali delle quali l'amministrazione dovrà tenere conto prima di affrontare le specifiche problematiche urbanistiche di pertinenza (che, per le opere statali, si risolvono in un atto dell'amministrazione comunale – cioè consiglio comunale – di valenza, però, solo consultiva).

Addizionale comunale all'Irpef – Impossibilità di istituire il tributo nell'anno 2009

QUESITO Sono il segretario comunale di un piccolo comune e nutro dei dubbi sulla possibilità che un comune, che non abbia ancora istituito l'addizionale comunale all'Irpef, possa deliberarla per l'anno 2009, in considerazione del "blocco" degli aumenti dei tributi imposto sia dall'art. 1, comma 7, del d.l. n. 93 del 2008, sia dall'art. 77-bis della manovra estiva. Vorrei, se possibile, avere dei chiarimenti al riguardo.

RISPOSTA Una risposta alla domanda formulata non può che essere negativa, in quanto sia l'art. 1, comma 7, del d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 126, e sia l'art. 77-bis, comma 30, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, sono d'ostacolo all'accoglimento di una tesi di tenore opposto, visto che la ratio della manovra è quella del contenimento della pressione fiscale nel vigente sistema tributario.

Quest'ultima norma, infatti – che integra la precedente disposizione assorbendone il contenuto –, stabilisce espressamente che "resta confermata per il triennio 2009-2011, ovvero sino all'attuazione del federalismo fiscale se precedente all'anno 2011, la sospensione del potere degli enti locali di deliberare aumenti dei tributi, delle addizionali, delle aliquote ovvero delle maggiorazioni di aliquote di tributi a essi attribuiti con legge dello Stato, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 126, fatta eccezione per gli aumenti relativi alla tassa sui rifiuti solidi urbani (Tarsu)".

A fondamento della tesi che si sostiene milita, altresì, la relazione di accompagnamento all'art. 1, comma 7, del d.l. n. 93 del 2008, nella parte in cui, con riferimento alla sospensione degli aumenti, riporta quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, sezione III, nell'adunanza del 4 novembre 2003, proprio a proposito di prima istituzione dell'addizionale comunale all'Irpef – sia pure in relazione al precedente blocco disposto per gli anni 2003 e 2004, – dove, testualmente, viene affermato che "...ogni variazione in aumento andrebbe comunque a variare l'asset-

to delle aliquote, aggravando la pressione fiscale esistente, in contrasto con la ratio della norma".

Si deve anche registrare un recente intervento della sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Lombardia, che nel parere n. 74/2008 ha risposto negativamente all'istanza rivolta da un comune che voleva, appunto, istituire per la prima volta nel 2009 il tributo in questione. In sostanza, secondo la Corte dei conti la prima applicazione dell'addizionale comunale all'Irpef deve essere equiparata a un aumento della stessa e, quindi, non può essere ammessa nel triennio 2009-2011. L'intento del legislatore, infatti, è quello di rendere "statica" la situazione della fiscalità locale sino all'effettiva realizzazione del federalismo fiscale. Per cui, ammettere la possibilità per un'amministrazione locale di applicare per la prima volta l'addizionale comunale all'Irpef, sarebbe "in palese contraddizione logica" con la finalità perseguita dal legislatore. Gli unici tributi che sfuggono, quindi, dalle maglie della sospensione degli aumenti sono la Tarsu e, come precisato dalla Corte dei conti per la Campania nel parere n. 18/2008, la Tariffa di igiene ambientale, come del resto i canoni Cimp e Cosap che, essendo di natura patrimoniale, non sottostanno alle rigidità imposte in campo tributario.

Anagrafe – A.p.r. – Aggiornamento atti anagrafici

QUESITO Una signora residente in questo comune, di stato civile divorziata, ha presentato un'istanza con la quale chiede l'aggiornamento del suo stato civile da divorziata a vedova, essendo intervenuta la morte dell'ex coniuge. È possibile accogliere la richiesta e aggiornare gli atti anagrafici con il conseguente rilascio del certificato di stato vedovile?

RISPOSTA Se il matrimonio della signora è cessato per il cosiddetto "divorzio", e cioè la signora non è più coniugata per cessazione degli effetti civili del matrimonio o per il suo scioglimento (a seconda che il matrimonio fosse religioso o civile), la signora non potrà mai diventare "vedova"! Vedovi si diventa quando muore il coniuge, ma se muore uno che non è più coniuge per effetto di un pregresso divorzio non si diventa vedovi, ma si rima-

ne dello stato civile acquisito al momento del divorzio e cioè: divorziato.

Documenti identificativi per l'espatrio – Carta d'identità – Apposizione timbro di proroga

QUESITO *Nel caso in cui sul retro della carta d'identità non ci sia più posto per l'apposizione del timbro (apostilla) di proroga come ci si deve comportare?*

RISPOSTA Nel caso descritto nel quesito (un caso evidentemente molto raro), non restano che due possibili soluzioni: o il rilascio di una nuova carta con scadenza decennale, oppure il rilascio di una certificazione analoga a quella predisposta dal Ministero dell'interno per le carte d'identità elettroniche che hanno lo stesso problema, infatti, non è possibile scrivere l'apostilla di proroga direttamente sul documento elettronico rilasciato su supporto plastificato. Il certificato che dovrà essere sempre tenuto allegato alla carta per eventuali richieste di controllo della scadenza della carta stessa, dovrà essere redatto secondo la formula che si riporta di seguito: "Proroga scadenza carta d'identità a seguito del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008, art. 31, convertito dalla l. 6.8.2008, n. 133, si certifica che la data di scadenza della carta d'identità numero «numero carta» intestata a «cognome e nome» nato a «comune di nascita» il «data di nascita con codice fiscale» «codice fiscale ed emessa dal comune» «comune emittitore», è stata prorogata fino al «nuova data di scadenza» pertanto dovrà considerarsi come documento di riconoscimento valido fino a tale data".

Autorità territoriali d'ambito

QUESITO *Nella mia regione è stata istituita l'Autorità territoriale d'ambito (Ato) per l'organizzazione dei servizi idrici in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. "legge Galli"). Corre voce presso i comuni che le predette autorità siano state soppresse dalla legge finanziaria per il 2008 con il rischio di determinare, ove confermate, la paralisi dell'azione ammi-*

nistrativa per quel che riguarda gli affidamenti e le conseguenti procedure amministrative. Si chiede pertanto a codesta Rivista di conoscere il proprio parere per aiutare l'operatore ad orientarsi.

RISPOSTA Come è noto, il controverso settore del servizio idrico integrato, come definito oggi dagli artt. 147 e segg. del d.lgs. 152/2006 (c.d. "t.u. ambiente" o "codice dell'ambiente"), ha conosciuto sin dalla fondamentale "legge Merli" (si veda l'art. 8, legge 319/1976) una embrionale disciplina normativa che ha trovato poi una prima consacrazione ufficiale con la legge 36/1994 (c.d. "legge Galli"), con la quale è stato sancito l'obbligo di procedere alla individuazione degli ambiti territoriali ottimali per la questione del servizio idrico.

Tuttavia, è solo con il d.lgs. 152/2006 che l'Autorità di ambito ha trovato completa sistemazione giuridica nella norma dell'art. 148 del d.lgs. 152/2006 (di recente modificato – ma solo in minima parte peraltro estranea al tema che ci occupa – con il d.lgs. 4/2008) che la definisce come "struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla regione".

Benché appaia singolare l'uso, da parte del legislatore, di un termine giuridicamente non corretto ove si debba procedere alla individuazione di una data soggettività (sono più noti i termini "ente", "azienda", "persona giuridica pubblica" – cfr. Cass., sez. VI, 26 giugno 2006, Ced cass. Rv. 234988; Cass., sez. I, 26 ottobre 2005, n. 20686 – ecc.), non può revocarsi in dubbio – fino a diverse determinazioni dell'ordinamento e delle autorità amministrative, l'avvenuto riconoscimento della creazione di una nuova figura soggettiva alla quale sono devoluti i compiti – già pertinenti agli enti locali – in materia di gestione delle risorse idriche.

Tra i compiti assegnati assume particolare importanza quello di adottare lo strumento pianificatorio della gestione del servizio idrico integrato, descritto dettagliatamente nell'art. 149 del d.lgs. 152/2006, che va sotto il nome di Piano d'ambito, il cui contenuto è costituito dalla ricognizione delle infrastrutture; dal programma degli interventi; dal mo-

dello gestionale e organizzativo; dal piano economico-finanziario.

Tutto ciò premesso, non poteva il legislatore che avesse voluto disporre la diretta soppressione delle Autorità d'ambito (la questione può restare impregiudicata per il futuro) concepire una norma come quella, cui fanno probabilmente riferimento le voci che si diffondono in maniera imprecisa, dell'art. 2, comma 38, della legge 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), in base alla quale le regioni avrebbero dovuto provvedere entro il 1° luglio del corrente anno, in sede di delimitazione degli ambiti territoriali (o loro modifica, ovviamente) a valutare in via prioritaria se, ai fini della gestione del servizio idrico integrato, il territorio delle province possa costituire l'ambito territoriale ottimale e se "di norma" (così dice la legge) possono essere attribuite alle province corrispondenti le funzioni in materia. In assenza di dette valutazioni regionali, può ritenersi ancora legittima l'attività delle Autorità d'ambito nei compiti e poteri loro affidati (es. poteri espropriativi diretti nel senso che le stesse sono autorità esproprianti; rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del gestore o affidamento *in house* – su cui, in generale, si è pronunciata di recente la Corte di giustizia Ce, sez. II, in data 17 luglio 2008, C-371, ma anche Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2007, n. 456, e Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1).

E, in particolare, i procedimenti di gara per l'affidamento in concessione del servizio idrico integrato potranno continuare a essere regolati dal decreto ministeriale (dell'Ambiente) 22 novembre 2001 e dalle circolari applicative rese note il 6 dicembre 2004, fino a quando non entrerà in vigore, *ex art.* 150, comma 2, del d.lgs. 152/2006, il decreto ivi previsto.

Per competenza, deve segnalarsi che l'Ato quale autorità espropriante potrà delegare l'esercizio dei propri poteri al gestore (ai sensi dell'art. 6, comma 8, d.P.R. 327/2001) e che tale facoltà è stata prevista in via generale (quasi una facoltà "imposta") nella Regione Lombardia con la recente delibera di giunta regionale del 13 giugno 2008, n. 8/7450, relativa agli schemi tipo di contratto e convenzione per l'organizzazione del servizio integrato.

L'affidamento dei servizi di utilità sociale. Il caso dei servizi sportivi comunali

➤ Parte I – Affidamento di servizi di utilità sociale

**T.A.R. Veneto, sez. I,
sentenza 26 marzo 2009, n. 881**

Contratti della p.a. – Gara per l'affidamento di servizi – Affidamento a favore di raggruppamento temporaneo di imprese costituito da onlus – In caso di mancata iscrizione al registro delle imprese, assenza di partita Iva e di posizioni Inps e Inail – Legittimità – Fattispecie – Nozione di impresa – Individuazione

È legittima l'aggiudicazione definitiva della gara bandita dalla provincia per l'affidamento del servizio di integrazione socio-didattica a favore dei non vedenti o audiolesi, effettuata a favore del raggruppamento temporaneo di imprese costituito da onlus, le quali, rispettivamente, non siano iscritte al registro delle imprese, non abbiano partita Iva e non abbiano altresì le posizioni Inps e Inail, in quanto l'assenza di tali elementi non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di una onlus nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi. A tal proposito, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che in

ambito europeo la nozione di impresa "comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento", mentre l'attività economica consiste nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro (Corte giustizia Ce, sez. V, 18 giugno 1998, n. 35; trib. di I° grado Ce, 4 marzo 2003, n. 319). La nozione di impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica che sia ricollegabile al dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro (che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore a esercitare la sua attività): il carattere imprenditoriale dell'attività va, invece, escluso nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, atteso che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi

prodotti (Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2008, n. 16612).

**Consiglio di Stato, sez. V,
sentenza 25 febbraio 2009, n. 1128**

1. Contratti della p.a. – Gara per l'affidamento di servizi di utilità sociale – Come previsti dall'art. 2 del d.lgs. n. 155 del 2006 – Onlus – Possibilità di partecipazione – Va affermata
2. Contratti della p.a. – Affidamento di servizi di utilità sociale – Gara deserta per mancanza di offerte congrue – Trattativa privata – Affidamento temporaneo del servizio a una onlus – Legittimità

1. Una onlus, qualificabile senz'altro come impresa sociale, ha pieno titolo a partecipare a una gara concernente l'aggiudicazione di un servizio che rientra tra quelli di utilità sociale come previsti dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 155 del 2006.
2. Una volta che la gara per l'affidamento di un servizio sia andata deserta per mancanza di offerte congrue, l'amministrazione è pienamente legittimata a procedere a trattativa privata per l'affidamento del servizio all'impresa che, sia in

termini di offerta sia per la veste giuridica, offra le maggiori garanzie per l'espletamento del servizio in un arco temporale assai delimitato (per una ipotesi analoga: Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3245) (nel caso di specie viene dichiarato legittimo l'affidamento temporaneo del servizio a una onlus, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura).

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 gennaio 2008, n. 195

Appalti di servizi – Servizi sociali – Bando di gara – Criteri di valutazione delle offerte – Preferenza riservata alla localizzazione territoriale dei concorrenti – Violazione principi comunitari – Sussiste

È illegittimo un criterio di valutazione basato sulla localizzazione territoriale delle imprese partecipanti che, di per sé privo di ogni giustificazione, finisce per privilegiare le società locali, in spregio alla normativa comunitaria e nazionale che sancisce il principio della libera circolazione

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 gennaio 2008, n. 36

1. Contratti della p.a. – Procedure miste – Gara per l'affidamento di lavori e servizi – Fattispecie relativa a procedura di affidamento dell'attività di gestione complessiva del patrimonio stradale

2. Servizi pubblici locali – Art. 112, d.lgs. n. 267 del 2000 – Finalità – Realizzazione di “fini sociali” e promozione dello “sviluppo economico e civile delle

comunità locali” – Fattispecie relativa al servizio pubblico di amministrazione e gestione del patrimonio viario

3. Servizi pubblici locali – Qualificazione – Mancata previsione del pagamento di un corrispettivo – Irrilevanza

1. Il complesso delle attività oggetto della procedura di gara indetta dal comune in attuazione del disegno politico di dare corso a una serie di interventi concernenti circolazione e traffico nelle strade di grande viabilità della rete viaria del comune, non soltanto di carattere manutentivo, ma, coordinati e organizzati, comprendenti l'attività di gestione complessiva del patrimonio stradale e innovativi, negli strumenti e nelle finalità, anche mediante trasferimento di potestà pubbliche, sono riconducibili alla figura della concessione di pubblico servizio. Invero, la natura e la qualificazione dell'oggetto dell'affidamento e la disciplina della procedura, in assenza di impugnazione dei suddetti atti, non possono che essere desunte direttamente dal bando e dal disciplinare, costituenti la legge speciale, anch'essa non impugnata e vincolante. Sono gli strumenti di gara e gli atti presupposti la sede nella quale ricercare l'“oggetto principale”, al fine di stabilire se sussista o meno una relazione di accessorietà dei lavori rispetto ai servizi, nelle procedure miste in cui l'affidamento comprenda gli uni e gli altri. Nel caso in esame l'accessorietà dei lavori rispetto al servizio pubblico è reso evidente, nel bando come nel disciplinare, nella clausola che richiede al concorrente singolo e alla impresa mandataria (in caso di raggruppamento) il requisito prioritario del fatturato specifico –

nel triennio 2002-2003-2004 – “per i servizi di gestione integrata di patrimoni immobiliari per conto terzi non inferiore a euro 30.000.000 (euro trentamiliardi/00) con l'elenco dei servizi, degli importi e dei committenti” e nell'altra che esige, in caso di raggruppamento, che il ruolo di capogruppo mandataria sia ricoperto “dal soggetto che svolgerà l'attività di cui al punto II.1.6, lett. a), ovvero centrale di governo comprensiva delle attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i dati”. La coerenza di tali indicazioni con gli obiettivi fissati negli atti presupposti non possono ingenerare alcun dubbio sulla prevalenza annessa ai servizi e sul carattere di accessorietà della manutenzione (ordinaria e straordinaria) rispetto a essi.

2. La finalità della realizzazione dei “fini sociali” e della promozione dello “sviluppo economico e civile delle comunità locali” cui si ispira la facoltà conferita all'ente locale dall'art. 112 del testo unico di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, non incontra limiti nella preesistenza della “rete”, strumentale alla prestazione del servizio. L'art. 112 del testo unico coglie, infatti, l'essenza stessa dell'autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria dell'ente locale e in particolare del comune, che è ente a fini generali, cui spetta di determinare da sé i propri scopi e in particolare di decidere su quali beni della vita della collettività debba convergere la scelta politico-amministrativa di soddisfarne gli interessi in modo continuativo e coordinato. La strumentalità del bene strada, rispetto all'interesse che il comune intende realizzare mediante il servizio pubblico di ammini-

strazione e gestione del patrimonio viario, e il suo affidamento in concessione, è resa evidente dalla complessità e organicità degli interventi la cui consistenza maggiore è appunto rappresentata dalle attività e dalle prestazioni strettamente riconducibili alla amministrazione e gestione, rispetto alle quali è cedevole l'aspetto statico della "strada" inteso come bene già esistente e fruibile dalla collettività.

3. Sulla qualifica di servizio pubblico locale non incide il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo (Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2004 n. 8090); il fatto che il titolo V del testo unico n. 267 del 2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, allorché le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'ente; mentre, sotto differente profilo, l'elemento distintivo della concessione (ovvero l'assunzione del rischio di gestione) non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto ne beneficiano direttamente (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, citata nella relazione del comune alla Commissione europea).

**T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis,
sentenza 10 dicembre 2007, n. 12769**

Contratti della p.a. – Affidamento servizi alle cooperative sociali – Disciplina

derogatoria *ex art. 5, l. 381/1991 e ss.mm.* – Ambito di applicabilità – Riguarda solo i servizi sotto soglia

La deroga prevista in favore delle cooperative sociali "può valere unicamente per l'ordinamento interno ma non certamente per gli appalti soggetti alla normativa comunitaria [...] Tanto è vero che poi l'art. 5 della legge n. 381/1981 è stato sostituito dall'art. 20 della legge 6 dicembre 1996, n. 56, che ha appunto espressamente previsto che le suddette convenzioni possono riguardare solo la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'Iva sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici" (Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2003, n. 794). Quindi, nel caso di forniture di beni e servizi d'importo superiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione ha l'obbligo d'indire una gara pubblica che deve essere aperta alla normale concorrenza fra le imprese (cfr. T.A.R. Marche, 7 aprile 2000, n. 521, con riferimento ai servizi di pulizia degli istituti scolastici).

**T.A.R. Lazio, Latina,
sentenza 11 luglio 2006, n. 450**

Servizi sociali – Nozione – Individuazione – Gestione di una ludoteca – Aggiudicazione con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa – Necessità – Va esclusa – Ragioni

La gestione di una ludoteca non può farsi rientrare tra i servizi alla persona che l'articolo 4 del d.P.C.M. 30 marzo 2001, di attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328 impone

di aggiudicare con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa. Sul punto può osservarsi sinteticamente che la normativa del d.P.C.M. 30 marzo 2001 attiene all'affidamento dei servizi previsti dall'articolo 5 della legge 28 novembre 2000, n. 328; tali servizi – che il d.P.C.M. qualifica come "servizi alla persona" – sono i "servizi sociali" definiti dall'articolo 128 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (che è espressamente richiamato dall'articolo 1 della legge n. 328) come "attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia". Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità o meno per un ente locale di promuovere una gara da aggiudicare al massimo ribasso) ha ritenuto che non potesse farsi rientrare nel concetto di "servizio sociale" come sopra definito né la gestione di un asilo-nido (Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2003, n. 4003) né il "servizio destinato a garantire occasioni di gioco e di svago a bambini e ragazzi, e quindi, a promuovere la parte ludica e ricreativa della loro esistenza, a prescindere da condizioni di disagio o dall'indisponibilità di soluzioni alternative di divertimento" (Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2003, n. 2753); nella fattispecie viene in rilievo un servizio da offrire in modo indifferenziato ai giovani indipendentemente da situazioni

di disagio, bisogno o di difficoltà. Insomma alla fattispecie difetta il presupposto fondamentale – cioè una situazione di bisogno o disagio esistenziale da rimuovere – perché si possa qualificare il servizio come “sociale” nel senso richiesto dalla normativa sopra citata.

T.A.R. Sardegna, sentenza 2 agosto 2005, n. 1729

1. Servizi pubblici locali – Servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza – distinzione – Criteri

2. Servizi pubblici locali – Servizi di rilevanza economica – Affidamento in via diretta – Legittimità – Condizioni – Fattispecie

1. La distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all’impatto che l’attività può avere sull’assetto della concorrenza e 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 e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell’attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello 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 altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appare in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico

sottesi alla disciplina del 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 (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527).

2. È illegittima la deliberazione con la quale il consiglio comunale affida in via diretta a una società a responsabilità limitata a capitale interamente comunale i servizi pubblici di gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stileria, nonché gestione del centro di aggregazione per anziani, atteso che tali servizi possiedono, sicuramente, rilevanza economica, poiché si tratta di attività suscettibili, in astratto, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale. Vero è che in base all’art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267/2000, anche la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata senza gara “a società a capitale interamente pubblico”, ma ciò, “a 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” (c.d. “affidamento *in house providing*”); “per controllo analogo si intende

un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, a una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sull’ente societario” (così Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, si veda anche Corte giust. Ce, 18 novembre 1999, in C-107/98). Ma tali connotati non sono riscontrabili nel caso di specie.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 16 marzo 2005, n. 1078

Enti locali – Servizio soggiorni socio-culturali per anziani – Aggiudicazione del servizio – Bando di gara – Partecipazione consentita solo alle cooperative sociali anche in associazione con agenzie di viaggi e turismo ma non a queste ultime da sole – Legittimità – Fattispecie

La disposizione di cui all’art. 14 della legge regionale 14 giugno 1996, n. 8 (come risultante dalle modifiche apportate con legge regionale 3 marzo 1998, n. 10) che testualmente precisa “non è soggetta alle norme della presente della legge l’organizzazione di viaggi da parte di enti pubblici nell’ambito dello svolgimento delle proprie attività istituzionali” consente ai comuni di procedere all’affidamento dei servizi per l’organizzazione dei soggiorni socio culturali per gli anziani senza dover rispettare la riserva prevista dalla stessa legge regionale n. 8 del 1996 (artt. 1, 2 e 3) a favore delle agenzie di viaggio e turismo per l’esercizio delle attività professionali relative alla organizzazione di viaggi, soggiorni ed

escursioni, individuali e collettivi. Dunque, le clausole del bando di gara e del capitolato speciale che restringono la partecipazione alla gara alle cooperative sociali (anche in associazione con agenzie di viaggi e turismo ma non a queste ultime da sole), proprio in considerazione del rilievo socio-assistenziale del servizio e della necessaria presenza nell'ambito della organizzazione dei soggiorni di figure professionali socio-sanitarie (infermieri professionali e assistenti sociali) non sono né illogiche né irrazionali e, ferma la loro legittimità, nessun vizio può inficiare l'esclusione di una agenzia di viaggi.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 3 luglio 2003, n. 4003

Appalti di servizi – Servizi sociali – Disciplina ex l. 328/2000 e d.P.C.M. 21.3.2001 – Obbligo della gara mediante offerta economicamente più vantaggiosa – Non si applica al servizio di asilo-nido – Ragioni – Non rientra tra i servizi sociali definiti dall'art. 128 d.lgs. 112/1998

Le norme (legge 8 novembre 2000, n. 328 e d.P.C.M. 21 marzo 2001), che impongono il sistema di gara dell'offerta più vantaggiosa e vietano il sistema delle offerte al massimo ribasso per gli appalti dei servizi sociali definiti dall'articolo 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, non si applicano a un servizio di asilo-nido, il quale, sia esso un servizio educativo o in qualsiasi altro modo lo si voglia qualificare e classificare, non rientra fra i servizi sociali definiti dal citato articolo 128 né, pertanto, nel

divieto di aggiudicarne l'appalto con il sistema di offerte al massimo ribasso.

> Parte II – Gestione di impianti sportivi comunali

T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, sentenza 17 novembre 2008, n. 3330

Competenza e giurisdizione – Servizi pubblici – Impianti sportivi comunali – Gestione – Affidamento tramite convenzione – Mancato rinnovo – Delibera di giunta comunale – Controversia – Rientra nella giurisdizione del g.a.

La controversia avente come oggetto la delibera con la quale la giunta comunale ha deciso di non rinnovare la convenzione di affidamento a soggetto privato della custodia, manutenzione e uso pubblico degli impianti sportivi comunali rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo. Invero trattasi di pubblico servizio, avendo l'amministrazione deciso di affidare, tramite convenzione, a soggetto privato, la gestione per l'uso pubblico degli impianti sportivi comunali (abbinata alla loro custodia e manutenzione), secondo la disciplina dettata dal comune medesimo e sotto la vigilanza dello stesso, con pagamento della relativa tariffa da parte dei fruitori delle strutture (singoli cittadini, associazioni, società sportive), a remunerazione dell'attività di gestione; il comune inoltre, determinandosi a non rinnovare il predetto accordo, interviene nella vicenda in veste di autorità, ponendosi al di fuori della dinamica contrattuale (tenuto anche conto che la clausola convenzionale sul rinnovo tacito

va considerata espunta dall'accordo per contrasto con l'art. 6, comma 2, della legge n. 537 del 1993). Pertanto il caso in trattazione rientra nella fattispecie normativa di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998 così come definita dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost. n. 204 del 2004).

T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sentenza 19 giugno 2008, n. 2664

Contratti della p.a. – Appalti – Impianti sportivi – Affidamento della gestione di un circolo tennis – Bando di gara – Requisiti di partecipazione – Attività di gestione di strutture analoghe a quelle oggetto di gara negli ultimi tre anni – Interpretazione

Qualora, ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento della gestione di un circolo tennis, il bando richiede a ciascun partecipante la dimostrazione “di aver svolto negli ultimi tre anni attività di gestione in almeno una struttura avente caratteristiche dimensionali e funzionali equivalenti a quelle oggetto della gara”, senza alcun riferimento alla necessità che tali servizi siano svolti con continuità durante l'ultimo triennio (durata minima dell'esperienza), né limiti espressamente la partecipazione a soggetti costituiti da almeno tre anni, l'espressione del bando va interpretata nel senso di far partecipare alla gara, nel rispetto dei principi che governano l'evidenza pubblica, tutti quei soggetti in grado di assicurare, per le esperienze comunque maturate, la gestione del circolo tennis. Una interpretazione restrittiva, oltre a non essere coerente con il contenu-

to letterale della clausola, contrasta con i principi generali della libera concorrenza e di libera iniziativa economica e avrebbe l'effetto, non voluto dall'amministrazione, di escludere dalla competizione proprio quei soggetti che, ancorché costituiti in associazione o società da meno di un triennio, abbiano maturato quelle qualificanti esperienze di gestione presso grossi centri sportivi volute dall'amministrazione.

T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sentenza 19 settembre 2007, n. 7878

Appalti e servizi pubblici – Appalti pubblici – Scelta di concedere, unitamente allo stadio, la sua gestione pubblicitaria – Definizione in termini di appalto di un servizio pubblico

È legittimo l'affidamento della gestione della pubblicità all'interno di uno stadio, unitamente alla concessione in uso dello stadio stesso, dal momento che esso non può essere qualificato come appalto di un servizio pubblico (per il quale occorre esperire la procedura dell'evidenza pubblica), nel caso in cui l'amministrazione abbia inteso frazionare l'uso pubblicitario dell'impianto sportivo, considerando la gestione della pubblicità come facoltà accessoria alla concessione di uso predetta. Pertanto, è legittima la scelta del comune di non svolgere più la gestione dell'utilizzazione pubblicitaria di uno spazio pubblico, né tramite proprie strutture, né tramite appalto, poiché ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, le norme del citato decreto

non si applicano ai contratti aventi come oggetto la locazione di edifici o altri immobili pubblici o i diritti a essi inerenti (T.A.R. Napoli, sez. I, n. 960/1998 e Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2002, n. 5671).

Gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile del comune ai sensi dell'art. 826, comma ultimo, c.c. essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse proprio dell'intera collettività allo svolgimento delle attività sportive che in essi hanno luogo. In questo quadro, la scelta del comune di concedere unitamente allo stadio anche la gestione pubblicitaria dell'impianto sportivo, sempre se e in quanto collegata allo specifico uso convenuto, fa sì che la fattispecie non possa essere qualificata in termini di appalto di un servizio pubblico, posto che il comune si è determinato nel senso di considerare la gestione della pubblicità come facoltà accessoria alla concessione di uso dello stadio comunale, per le manifestazioni dalla stessa organizzate, nel quadro di una convenzione a oggetto misto. Pertanto, è legittima la concessione in uso dell'impianto, appartenente al patrimonio indisponibile, alla maggiore squadra cittadina, includendo in tale convenzione anche lo sfruttamento a fini pubblicitari degli spazi a tal fine disponibili, limitatamente alle manifestazioni sportive di cui la società sarà protagonista, ferma e impregiudicata la potestà dello stesso comune di disporre diversamente per le manifestazioni diverse da tali partite di calcio, presumibilmente affidate ad altri privati interessati.

T.A.R. Basilicata, sentenza 12 maggio 2007, n. 366

1. Contratti della p.a. – Concessione in gestione impianti sportivi – Natura giuridica – Concessione di servizio pubblico – Affidamento – Rispetto principi trattato – Necessità

2. Contratti della p.a. – Concessione in gestione impianti sportivi – Natura giuridica – Concessione di servizio pubblico – Ragioni – Affidamento – Disciplina ex art. 30, d.lgs. 163/2006 – Ricorso alla gara informale – Legittimità

3. Contratti della p.a. – Affidamento gestione impianti sportivi – Qualificazione come appalto di servizi – Non esclude l'obbligo della gara – Eccezionalità della trattativa privata

1. Sia che l'affidamento della gestione dei campi di tennis di proprietà comunale debba essere qualificato come concessione di servizio pubblico (ai sensi dell'art. 1, comma 4, della direttiva Ce n. 18 del 31 marzo 2004 e del conforme art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006 "la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, a eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto di accompagnato da un prezzo" nel caso in cui al concessionario "venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servi-

zio da prestare”) o come appalto di servizi sotto soglia (cfr. CPC n. 96413: vedi ora CPV n. 92610000, espressamente riferito ai “servizi di gestione degli impianti sportivi”) rispettivamente ai sensi dell’art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006 e del combinato disposto di cui agli artt. 2, comma 1, seconda frase, e 121, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 (i quali costituiscono diretta applicazione del 2° considerando della direttiva Ce n. 18 del 31 marzo 2004) la scelta del concessionario o dell’appaltatore sotto soglia deve avvenire rispettivamente “nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato istitutivo della Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici ed, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi” oppure “nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza” e dei “principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice” (per quanto riguarda quest’ultimo aspetto cfr. art. 124 del d.lgs. n. 163/2006).

2. Il rapporto giuridico, instauratosi tra il comune e l’associazione sportiva, alla stregua del prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. Corte di giustizia Comunità europea, 18 maggio 2000, n. 324; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio

2002, n. 2634; T.A.R. Lazio, Latina, 5 maggio 2006, n. 310; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 13 marzo 2006, n. 396) va qualificato come “concessione di servizio pubblico”, per le seguenti ragioni: 1) il concessionario viene remunerato principalmente e direttamente dagli utenti dei campi di tennis e l’ulteriore corresponsione da parte del comune di un canone annuo risulta legittima, in quanto al concessionario sono stati imposti gli importi delle tariffe orarie, fissate con del. g.m., che si presume siano inferiori alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa; 2) con tale remunerazione il concessionario si assume i rischi economici della gestione del servizio e pertanto sul comune resistente non grava interamente l’onere e/o l’alea della gestione del servizio; 3) i destinatari del servizio sono gli utenti dei campi di tennis di proprietà comunale, e non il comune resistente. Pertanto, ai sensi e per gli effetti del citato art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006 il comune resistente deve consultare almeno cinque società o associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva e/o soggetti privati, affiliati al Coni e accreditati nella medesima disciplina sportiva praticata nell’impianto sportivo (se esiste nel comune un tale numero, appartenente a tali predette tipologie di soggetti, oppure in caso contrario il comune resistente deve contattare tutti i soggetti di cui alle suddette categorie, presenti nel territorio comunale), ponendo a base di gara sia il contributo annuo massimo sia lo schema di convenzione, approvato con la del. g.m. Il suddetto art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, peraltro, costituisce

un’estrinsecazione del principio di concorsualità, il quale può essere soddisfatto anche da gare esplorative e/o informali, derivante dai principi costituzionali di buona amministrazione e di imparzialità ex art. 97 della Costituzione.

3. Comunque, anche nel caso in cui il rapporto giuridico dovesse essere qualificato come contratto di appalto di servizi, il comune ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2, comma 1, seconda frase, e 121, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 (i quali costituiscono diretta applicazione del 2° considerando della direttiva Ce n. 18 del 31 marzo 2004), è tenuto a svolgere un’indagine di mercato e/o gara ufficiosa tra i soggetti previsti dall’art. 90, comma 25, legge n. 289/2002, cioè tra le società o associazioni sportive dilettantistiche, gli enti di promozione sportiva e i soggetti privati, affiliati al Coni e accreditati nella medesima disciplina sportiva praticata nell’impianto sportivo, ponendo a base di gara sia il contributo annuo massimo sia lo schema di convenzione. Al riguardo va, in ogni caso, evidenziato che, se non ricorrono le ipotesi di trattativa privata previste dall’art. 41, comma 1, r.d. n. 827/1924 (tra le quali risulta compresa anche “l’urgenza”, ma la giurisprudenza ha chiarito deve trattarsi di un’urgenza determinata da un evento imprevedibile e non da un comportamento negligente dell’amministrazione appaltante: comunque, l’urgenza, che abilita alla trattativa privata diretta, deve essere tale da non consentire l’espletamento di un qualunque procedimento di evidenza pubblica, cioè nemmeno l’attivazione di una gara ufficiosa e/o indagine di mercato, e deve limitare i suoi effetti al tem-

po necessario per indire uno dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dall'ordinamento giuridico), ai sensi dell'art. 3, comma 1, r.d. n. 2440/1923 e dell'art. 37, comma 1, r.d. n. 827/1924 "i contratti dai quali derivi un'entrata devono essere preceduti" da una procedura di evidenza pubblica. Sul punto risulta opportuno sottolineare che il predetto 2° considerando della direttiva Ce n. 18 del 31.3.2004 non ha fatto altro che recepire formalmente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, relativa al rispetto del principio della libera concorrenza (e del connesso principio di non discriminazione nella materia dei contratti della pubblica amministrazione) anche per le gare sotto soglia (ord. 3 dicembre 2001 nella causa n. 59/2000; sentenza del 7 dicembre 2000 nella causa n. 324/1998, richiamate anche dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 8756 del 6 giugno 2002, pubblicata nella *G.U.* del 31 luglio 2002, e recepite dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Lazio, sez. I, 23 agosto 2006, n. 7375), la quale trova sicura applicazione nella fattispecie in esame.

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 20 dicembre 2005, n. 5633

1. Contratti della p.a. – Affidamento gestione centro sportivo comunale – Natura giuridica – Concessione – Ragioni
2. Servizi pubblici locali – Gestione impianti sportivi comunali – Soddisfacimento bisogni collettivi ritenuti indi-

ispensabili – Natura di servizio pubblico locale – Va affermata

3. Servizi pubblici locali – Concessione gestione impianto sportivo – Disciplina ex art. 90, comma 25, l. 289/2002 – Scelta del concessionario – Rispetto dei principi di evidenza pubblica – Necessità – Predeterminazione dei criteri di individuazione del concessionario – Necessità

4. Servizi pubblici locali – Concessione gestione impianto sportivo – Disciplina ex art. 90, comma 25, l. 289/2002 – Scelta del concessionario – Rispetto dei principi di evidenza pubblica – Necessità – Mancata emanazione di norme regionali attuative – Irrilevanza

1. La fattispecie avente come oggetto la gestione del centro sportivo che il comune, senza versare alcun compenso, intende affidare a terzi (i costi sostenuti dal gestore del centro sportivo sono a carico dell'affidatario il quale potrà contare sui proventi derivanti dall'esercizio commerciale (bar) presente nell'impianto di che trattasi) rientra nell'istituto della concessione in quanto:

una parte del rapporto è rappresentato da un ente pubblico che è titolare del bene e responsabile in via diretta del servizio da affidare in gestione;

l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il "rischio economico" nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che potrà trarre dall'utilizzo del bene.

2. Sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto socia-

le (come nel caso in esame avente come oggetto la gestione di impianti sportivi comunali: cfr., in termini generali, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325 e Cons. Stato, sez. VI, n. 1514/2001).

3. L'art. 90, comma 25, della n. 289/2002 (secondo cui "nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari") non esclude affatto che l'ente territoriale, per l'affidamento della gestione di impianti sportivi, sia tenuto a indire una procedura selettiva improntata ai principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento; al contrario, la necessità della gara risulta confermata dal contenuto della stessa disposizione secondo cui l'ente territoriale, nell'affidare la gestione degli impianti in argomento, deve comunque predeterminare criteri per l'individuazione degli affidatari.

4. Non vale a giustificare la mancata indizione di una procedura di selezione pubblica il fatto che la regione non abbia emanato disposizioni sulle modalità di affidamento di impianti sportivi (come previsto dall'art. 90, comma 25, della legge n. 289/2002) in quanto, in assenza di detta regolamentazione, valgono i principi generali sopra indicati in tema di gare indette da una pubblica amministrazione.