

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 23 dicembre 2009 , n. 6
Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 18 gennaio 2010 (della Regione Puglia).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Lamentata limitazione della potesta' legislativa regionale, eccedente la stessa disciplina comunitaria in materia di concorrenza, di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente e di gestire in proprio i servizi pubblici - Ricorso della Regione Puglia - Denunciata violazione dell'autonomia regionale e degli enti locali, violazione della competenza legislativa concorrente della Regione nelle materie coinvolte.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, modificativo dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, a sua volta modificativo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

- Costituzione, artt. 114 e 117, terzo comma; trattato CE, art. 5.

Ricorso della Regione Puglia, in persona del presidente pro tempore, autorizzato con deliberazione della Giunta regionale n. 2479 del 15 dicembre 2009, rappresentata e difesa, come da procura speciale a margine del presente atto, dal prof. avv. Nicola Colaianni e dall'avv. Adriana Shiroka dell'Avvocatura Regionale, elettivamente domiciliata in Roma presso la Delegazione Regione Puglia - Via Barberini, 36, contro il Presidente del Consiglio dei ministri pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale e' domiciliato ex lege in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12, per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166 per violazione dell'art. 117, terzo comma della Costituzione.

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2009 - suppl. ordinario n. 215 e' stata pubblicata la legge n. 166/2009, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 recante: «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee». L'art. 15 della legge citata, recante «Adeguamento alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», e' lesiva delle competenze regionali per il seguente motivo di

D i r i t t o

Illegittimita' costituzionale dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166 per violazione dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione.

1. - La disposizione impugnata modifica in modo significativo l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133 del 6 agosto 2008, che a sua volta aveva radicalmente modificato ed in parte abrogato l'art. 113 del TUEL, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in materia di modalita' di gestione dei servizi pubblici locali.

L'art. 15 prevede un ampliamento dei settori esclusi dall'applicabilita' della normativa. Il comma 1 infatti conferma l'esclusione dalle norme del servizio di distribuzione del gas e la estende all'energia elettrica ed al trasporto ferroviario regionale.

La nuova disposizione al comma 2 stabilisce che in via ordinaria l'affidamento dei servizi pubblici locali deve avvenire con gara, a favore di imprenditori o societa' in qualunque forma costituite, nel rispetto della normativa comunitaria oppure anche a favore di «societa' a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del presente comma, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Il terzo comma invece disciplina il caso della gestione c.d. in house, da considerarsi eccezionale e derogatoria rispetto alle forme di gestione ordinaria del secondo comma. Dispone il terzo comma che «In deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulle societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Quindi, l'art. 15 esplicitamente assimila le due forme di gestione dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista - purché il partner privato sia stato scelto con determinate modalita' - considerandole entrambe forme ordinarie di gestione. Ne segue che il ricorso all'una o all'altra di queste forme di gestione non dovrebbe richiedere alcuna motivazione.

Anche relativamente al servizio idrico integrato il nuovo comma 1-ter, in deroga a quanto in generale previsto dal comma 2, sembra delineare una posizione di assoluta parita' tra tutti i modelli di gestione contemplati dall'ordinamento generale, con conseguente piena autonomia degli enti locali nella scelta della forma di gestione ritenuta piu' adeguata sul territorio, ancorché nel rispetto del principio di piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche e garantendo il diritto alla universalita' e accessibilita' del servizio.

Per la forma di gestione per così dire «derogatoria», cioè quella c.d. in house, l'art. 15 ricalca i commi 3 e 4 del vecchio art. 23-bis, e prevede presupposti stringenti ed un pesante onere di istruttoria e motivazione, nonché il parere obbligatorio dell'Autorita' Garante della concorrenza e del mercato sulla base di una previa analisi del mercato.

Il legislatore statale dunque riconosce che entrambe le forme di gestione ed affidamento dei servizi pubblici sono conformi all'ordinamento europeo ed in particolare alla disciplina della concorrenza, ma con la norma nazionale giunge sino ad individuare come forma preferenziale «ordinaria» l'affidamento del servizio ad imprese terze, mentre relega la possibilita' dell'affidamento in house ai soli casi ivi espressi in via d'eccezione, superando la stessa disciplina comunitaria in materia di concorrenza.

2. - Censurabili sotto il profilo della legittimita' costituzionale appaiono gli artt. 2, 3 e 4 in violazione dell'art. 117 in quanto limitano la potesta' legislativa regionale di

disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente e di gestire in proprio i servizi pubblici.

Occorre ricordare che i servizi pubblici non ricadono, in alcuna potestà legislativa statale, ma che lo Stato può intervenire in essa, come codesta Ecc.ma Corte ha stabilito con le sentenze n. 272 del 2004 e n. 29 del 2006, a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., e che pertanto non sono censurabili tutte e solo quelle norme che «garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito dei rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali».

Le disposizioni dei commi 2, 3, e 4 risultano illegittime in violazione dell'art. 117, in quanto limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali («le peculiari caratteristiche economiche sociali ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») che procedurali («l'onere di trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione di settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza»).

In tal modo esse impediscono una previa valutazione comparativa da parte dell'amministrazione fra tutte le possibili opzioni di scelta della forma di gestione, cioè se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico.

Tali innovazioni, contrariamente alla finalità dichiarata nella rubrica della disposizione («Adeguamento alla disciplina comunitaria»), non sono imposte dalla normativa comunitaria. Come, invero, stabilito dalla Corte di Giustizia C.E. con sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04 (ANAV), «una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del decreto-legge n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario».

Di conseguenza, gli obiettivi che, con le previsioni dell'art. 15 legge cit., il legislatore italiano intende perseguire sono ammissibili (salvo a valutarne la non incostituzionalità), giacché gli Stati membri possono oltrepassare la soglia minima comunitaria, ma non giustificabili come necessario adeguamento agli obblighi comunitari. Sia la esternalizzazione dei servizi pubblici locali con rilevanza economica sia la riattribuzione con la messa in gara delle attuali concessioni prima della scadenza originariamente prevista costituiscono entrambe misure non imposte dal diritto comunitario.

3. - La giurisprudenza della Corte di Giustizia - proprio al fine di assicurare il rispetto di tali regole e sul presupposto che il sistema dell'affidamento in house costituisca un'eccezione ai principi generali del diritto comunitario - ha imposto l'osservanza di talune condizioni legittimanti l'attribuzione diretta della gestione di determinati servizi a soggetti «interni» alla compagine organizzativa dell'autorità pubblica.

Nella prospettiva europea, (Corte costituzionale 23 dicembre 2008, n. 439) la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favori degli utenti mediante

proprie strutture organizzative senza dover ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato (Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza Stadt Halle dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03, punto 48).

I magistrati europei hanno precisato che «un'autorità pubblica, che sia amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici, e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», e che «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice» e «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia è sempre rimasta ferma e costante, dalla sentenza Teckal (18 novembre 1999, in causa C-107/98) alla recente sentenza Sea srl (10 settembre 2009, in causa C-573/07, punto 57).

Ora questo diritto delle amministrazioni è pienamente riconosciuto dalla Corte di giustizia ed è invece negato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 15 della legge cit. qui impugnato.

Ad avviso della Regione Puglia, tale limitazione della capacità delle amministrazioni regionali e locali di gestire in proprio i servizi pubblici risulta costituzionalmente illegittima e lesiva della potestà legislativa regionale in materia, poiché nega illegittimamente l'autonomia costituzionale di tali enti (art. 114 Cost.), riconosciuta anche dall'Unione europea (art. 5, Trattato), nel suo nucleo imprescindibile della capacità di darsi una organizzazione idonea a soddisfare i bisogni sociali nel suo territorio, cioè della popolazione residente che ne è l'elemento costitutivo.

Un problema di tutela della concorrenza, in effetti, può iniziare solo dopo che è stata presa la decisione di gestire il servizio attraverso il mercato, anziché in proprio. Al contrario, la decisione di mantenere il servizio nell'ambito della propria organizzazione diretta, o della propria organizzazione in house, non restringe e non altera in alcun modo la concorrenza.

Nel quadro della gestione in proprio, invece, abbiamo semplicemente lo svolgimento dell'attività amministrativa da parte dell'ente responsabile davanti alla propria comunità.

Sicché, le regole di concorrenza riprenderanno pienamente il loro vigore ogni volta che l'amministrazione responsabile del servizio si debba rivolgere al mercato per l'acquisto di beni o servizi. Ma essa non può invece essere costretta ad affidare il servizio in quanto tale ad entità esterne, con le quali essa non ha un rapporto di pieno controllo ma esclusivamente un vincolo contrattuale.

L'invasione nella sfera di competenza regionale e degli enti territoriali minori è addirittura enfatizzata dalla precisazione che le indicate disposizioni - commi 2, 3, 4, art. 23-bis, modificato dall'art. 15 cit. - «prevalgono su tutte le discipline di settore con esse incompatibili», dunque su tutte le discipline di settore regionali, ivi comprese quelle della Regione Puglia (servizio idrico integrato).

4. - Pertanto, le disposizioni indicate, nel disciplinare la scelta della forma di gestione del servizio e le procedure di affidamento dello stesso, non si limitano a stabilire principi fondamentali della materia ma dettano una disciplina articolata e specifica, invasiva delle competenze regionali anche in materia di regolazione del servizio idrico integrato.

Vero è che il comma 1-ter legge cit., riproduttivo della norma

di principio stabilita nel d.lgs. n. 152/2006 (t.u. ambiente), non mette in discussione la fondamentale natura pubblica del bene acqua e della proprieta' delle reti. Alla sua stregua le nuove regole si applicano per quanto di ragione, cioe' nel rispetto non solo della «autonomia gestionale del soggetto gestore» ma anche del governo della «piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche», in particolare con riferimento alla qualita' e al prezzo del servizio, da parte delle istituzioni pubbliche nonche' della garanzia del «diritto alla universalita' ed accessibilita' del servizio».

Senonche', proprio il rispetto di questi fattori di interesse pubblico, se non li si vuol ridurre a meri orpelli retorici, mal si concilia con una disciplina cosi' dettagliata e favoritiva della concorrenza sul libero mercato, come quella contenuta nelle disposizioni impugnate.

Vero e' che codesta ecc.ma Corte nella sentenza n. 246/2009 ha osservato che l'art. 117, terzo comma, Cost., «il quale contiene l'elenco delle materie di competenza legislativa concorrente, non contempla la materia» del servizio idrico integrato. Ma questa osservazione di carattere generale non toglie, a parere di questa Regione, che implicitamente essa vi rientri almeno nella misura in cui quel servizio sia funzionalizzato e utilizzato a fini di alimentazione e di tutela della salute: materie espressamente indicate come soggette alla legislazione concorrente dall'art. 117, comma 3, Cost.

Sotto questo profilo il servizio idrico integrato e' da considerare servizio pubblico locale privo di rilevanza economica, la cui disciplina non e' riconducibile al titolo di legittimazione trasversale «tutela della concorrenza», di cui - come ha insegnato codesta ecc.ma Corte nella citata sentenza n. 272 del 2004 - e' titolare il legislatore statale con esclusivo riferimento a quei profili di disciplina che appaiono strettamente indispensabili, proporzionati e adeguati al raggiungimento dell'obiettivo di garantire condizioni concorrenziali uniformi nei mercati di riferimento.

Invero, con riferimento alla funzione di tutela della salute e di alimentazione propria dell'acqua, non esiste un mercato concorrenziale ed il ruolo riservato dal titolo V della Costituzione al legislatore regionale si riepande in tutte le sue potenzialita', si' da inglobare le forme di gestione e le modalita' di affidamento del servizio pubblico locale «acqua».

Se, invero, l'acqua e' un bene comune, di proprieta' collettiva, essenziale e insostituibile per la vita; se, pertanto, la sua accessibilita' costituisce un diritto universale, cioe' inviolabile e inalienabile, ne consegue che - in quanto funzionalizzato al diritto di ciascun individuo al minimo vitale giornaliero - il servizio idrico integrato e' da considerarsi servizio pubblico locale di interesse generale, privo di rilevanza economica e sottratto alla regola della concorrenza. Esso deve essere realizzato, infatti, secondo forme e modalita' di gestione che garantiscano un governo pubblico partecipato e un finanziamento attraverso meccanismi perequativi e di equita' sociale: senza finalita' lucrativa e nel rispetto dei diritti delle generazioni future e degli equilibri ecologici.

Anche con riferimento alla Carta europea di Nizza, cui gia' codesta ecc.ma Corte ha fatto diverse volte riferimento nella sua giurisprudenza e che con il trattato di Lisbona acquista ora forza giuridicamente vincolante, come riconosciuto nella prima dichiarazione allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato quel trattato, questi obiettivi, irraggiungibili nel libero mercato, appaiono impreteribili. L'art. 36, infatti, pur confermando la regola comunitaria della concorrenza

in settori strategici dell'economia, tuttavia la collega alla promozione della coesione sociale e territoriale dell'Europa. Se il concetto di coesione rimanda a quello di omogeneità e, in definitiva, di eguaglianza, i servizi di interesse economico generale non dovrebbero essere sottoposti alla regola della concorrenza e del libero mercato tutte le volte in cui essi non siano in grado di perseguire in tal modo il valore della coesione, così inteso. La coesione sociale opera, cioè, come principio-limite della regola della concorrenza.

5. - L'indicata disposizione transitoria posta dal nuovo comma 8 dell'art. 23-bis, per il servizio idrico integrato e' del pari incostituzionale per violazione dell'autonomia costituzionale della Regione Puglia nella parte riferita agli affidamenti già effettuati dagli enti locali in conformità all'art. 113, comma 5, lettera c) del decreto legislativo n. 267 del 2000 dedicato alla società a totale capitale pubblico in house providing.

Tale disposizione, stabilendo che cessano al 31 dicembre 2010 gli affidamenti rilasciati con procedure diverse dall'evidenza pubblica salvo quelli conformi ai vincoli ulteriori di istruttoria e motivazione previsti dalla nuova disciplina, parrebbe determinare per l'effetto la cessazione di tutti gli affidamenti attribuiti secondo la disciplina previgente (d.lgs. n. 267 del 2000 art. 113, comma 5, lettera c), ponendo nell'incertezza l'attuazione dei piani gestionali e di investimento, nonché i relativi piani tariffari, travolgendo rapporti giuridici perfezionati ed in via di esecuzione che le parti vogliono vedere procedere secondo la loro scadenza naturale.

P. Q. M.

Chiede che la Corte costituzionale voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166, recante «Adeguamento alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2009 - suppl. ordinario n. 215, per violazione dell'art. 117, comma 3, della Costituzione.

Bari-Roma, addì 23 dicembre 2009

Prof. avv. Nicola Colaianni - Avv. Adriana Shiroka

REGIONE TOSCANA
N. 10 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 27 gennaio 2010.
(GU n. 9 del 3-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria 27 gennaio 2010 (della Regione Toscana).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione e con motivazione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio - Lamentato disfavore per le modalità di gestione del servizio pubblico attraverso una società a totale partecipazione pubblica, ancorché sussistano i requisiti indicati dall'ordinamento comunitario e al di fuori di esigenze di regolazione del mercato e di tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Toscana - Denunciata violazione della potestà legislativa esclusiva della Regione nella materia dei servizi pubblici locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

Norme Impugnate

		Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	
legge	20/11/2009	166			modificativo
decreto legge	25/06/2008	112	23	2	
decreto legge	25/06/2008	112	23	3	
decreto legge	25/06/2008	112	23	4	
decreto legge	25/06/2008	112	23	8	convertito con modificazioni
legge	06/08/2008	133			modificativo
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
decreto legislativo	18/08/2000	267	113		

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione	117		1	
Costituzione	117		2	
Costituzione	117		4	

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 27 gennaio 2010 , n. 10

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria 27 gennaio 2010 (della Regione Toscana).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione e con motivazione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio - Lamentato disfavore per le modalita' di gestione del servizio pubblico attraverso una societa' a totale partecipazione pubblica, ancorche' sussistano i requisiti indicati dall'ordinamento comunitario e al di fuori di esigenze di regolazione del mercato e di tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Toscana - Denunciata violazione della potesta' legislativa esclusiva della Regione nella materia dei servizi pubblici locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalita', esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b) e d), modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, a sua volta modificativo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

- Costituzione, art. 117, commi primo, secondo, lett. e), e quarto.

Ricorso della Regione Toscana, in persona del Presidente pro tempore, autorizzato con delibera della Giunta regionale n. 36 del 18 gennaio 2010, rappresentato e difeso, come da mandato in calce al presente atto, dall'avv. Lucia Bora dell'Avvocatura regionale ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Giovanni P. Mosca in Roma, Corso d'Italia, 102, contro il Presidente del Consiglio dei ministri pro tempore per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale dell'art. 15, primo comma del decreto-legge n. 135/2009, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee», cosi' come modificato dalla legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 274 del 24 novembre 2009, S.O. n. 215, in particolare:

art. 15, comma 1, lett. b) che sostituisce l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, con specifico riferimento ai commi 2, 3 e 4 del novellato art. 23-bis;

art. 15, comma 1, lett. d) che sostituisce l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, con specifico riferimento al comma 8 del novellato art. 23-bis;

per contrasto con l'art. 117, commi 1°, 2° e 4° della Costituzione, per i profili di seguito indicati.

Con l'art. 15 del decreto-legge n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009, sono state introdotte modifiche all'art. 23-bis decreto-legge n. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008, avente ad oggetto la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In particolare, le modifiche introdotte dal decreto-legge n. 135/2009 ed infine dalla legge di conversione n. 166/2009 dettano

nuove regole in ordine alle modalita' di conferimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, realizzando un sistema in cui emerge con forza la centralita' e la prevalenza dell'affidamento del servizio attraverso le procedure di evidenza pubblica ed il disfavore del legislatore statale per le modalita' di gestione in house, con il dichiarato scopo di procedere ad una liberalizzazione del settore dei servizi pubblici.

Va preliminarmente Osservato che, la materia dei servizi pubblici locali, rientra nell'ambito della potesta' legislativa esclusiva delle regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. (in tal senso si richiamano le pronunce della Corte costituzionale n. 272/2004; 29/2006; 307/2009).

E' altresì noto che e' riconosciuta la competenza statale nell'ambito dei soli servizi pubblici locali di rilevanza economica, con riferimento alle regole poste in funzione della tutela della concorrenza.

A riguardo, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 272/2004, ha chiarito - con riferimento all'art. 113 del decreto legislativo n. 267/2000, allora all'esame della Corte - che «in relazione ai riferimenti testuali e soprattutto ai caratteri funzionali e strutturali della regolazione prevista, la medesima disciplina puo' essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia "Tutela della concorrenza", riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato [...] la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato [...] sotto questo profilo e' quindi significativa la dichiarazione, contenuta nel censurato art. 14 di modifica del primo comma dell'art. 113 del T.U. citato, secondo cui le predette disposizioni sulle modalita' di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore". L'art. 14 si puo' dunque sostanzialmente considerare una norma-principio della materia, alla cui luce e' possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonche' il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioe' che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto e' fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale e' riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalita' di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali. Alla luce di queste considerazioni, nella questione di costituzionalita' in esame, non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la piu' ampia liberta' di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalita' di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono piu' meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. Alle stesse finalita' garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni gia' assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di societa' affidataria del servizio. [...] Il criterio della proporzionalita' e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per

definire l'ambito di operativita' della competenza legislativa statale attinente alla ''tutela della concorrenza'' e conseguentemente la legittimita' dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per cosi' dire, ''trasversale'' (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiche' si intreccia inestricabilmente con una pluralita' di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, e' evidente la necessita' di basarsi sul criterio di proporzionalita'-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato» (nello stesso senso anche le sentenze n. 29 del 2006; n. 307 del 2009).

In altri termini la Corte ha rilevato che l'esercizio da parte dello Stato della potesta' legislativa in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e) Cost., con riferimento alla disciplina dei servizi pubblici, coinvolge profili aventi un'incidenza su una pluralita' di interessi e di oggetti, che non ricadono solo nell'esclusiva competenza statale, ma involgono anche molteplici ambiti di competenza delle regioni (ossia, come visto, l'organizzazione dei servizi pubblici locali): l'intervento dello Stato, pertanto, deve limitarsi alla disciplina di quegli aspetti strettamente connessi alla tutela ed alla promozione della concorrenza e deve - per cio' stesso - uniformarsi ai principi di adeguatezza e di proporzionalita' dell'intervento normativo rispetto al fine pro-concorrenziale perseguito, con cio' escludendo la legittimita' di una normativa troppo dettagliata e puntuale o irragionevole.

Pertanto - secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale - l'intervento del legislatore statale in ordine alle modalita' di conferimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica con finalita' pro-concorrenziali deve svolgersi nel rispetto delle prerogative delle regioni costituzionalmente garantite, e per cio' stesso deve limitarsi a prevedere una disciplina di carattere generale che non abbia l'effetto di vincolare in maniera pervasiva le regioni.

Le modifiche all'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008 (convertito in legge n. 133/2008) introdotte con l'art. 15 in oggetto non sembrano, invece, raccordarsi con i su richiamati principi costituzionali ed ancor prima con i principi vigenti nell'ordinamento comunitario in materia di in house providing, con conseguente lesione delle competenze regionali, in violazione dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma della Costituzione.

L'art. 15 del decreto-legge n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009 e' pertanto incostituzionale per i seguenti motivi di

D i r i t t o

1) - Illegittimita' costituzionale dell'art. 15, primo comma, lett. b), decreto-legge n.135/2009, convertito in legge n. 166/2009 che sostituisce l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, conv. in legge n. 133/2008, con specifico riferimento al secondo, terzo e quarto comma del novellato art. 23-bis, nella parte in cui, stabilisce che di regola la gestione dei servizi pubblici locali debba essere affidata ad una societa' privata (o mista pubblico-privata) tramite gara nonche' laddove ammette la modalita' di affidamento del servizio direttamente a Societa' c.d. in house (cioe' societa' totalmente pubblica) solo in via «eccezionale»; per violazione dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma della Cost.

L'art. 15, primo comma, lett. b) in oggetto, nella pretesa applicazione della disciplina comunitaria e al dichiarato scopo di favorire la piu' ampia diffusione dei principi della concorrenza, ha introdotto rilevanti modifiche nella disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica gia' contenuta nell'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, convertito con legge n. 133/2008.

I novellati secondo, terzo e quarto comma del 23-bis oggi dispongono «2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di societa' in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunita' europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicita', efficacia, imparzialita', trasparenza, adeguata pubblicita', non discriminazione, parita' di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalita';

b) a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

3. In deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al secondo comma, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al terzo comma, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole».

A seguito dell'intervento legislativo del 2009, e' stato, quindi, stabilito che «in via ordinaria» i servizi pubblici locali sono affidati:

ad imprenditori o societa' scelte, tramite gara ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari;

a societa' miste pubblico-private in cui il socio privato sia stato scelto con gara, a condizione che detta gara abbia avuto ad oggetto, contestualmente, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e, che detto socio partecipi in misura non inferiore al 40% (novellato secondo comma dell'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008).

La norma, per contro, prevede la scelta di gestire il servizio pubblico facendo ricorso all'in house come forma «derogatoria» (novellato terzo comma dell'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008): in particolare la nuova normativa prescrive che la forma di gestione denominata in house providing - seppur conforme ai principi della disciplina comunitaria - possa essere adottata solo eccezionalmente «per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche,

sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». Non solo, la scelta dell'in house deve essere motivata, pubblicizzata e sottoposta a preventivo parere della Autorita' Garante della concorrenza (novellato quarto comma dell'art. 23-bis decreto-legge n.112/2008).

Dalla lettura delle disposizioni su richiamate emerge con tutta evidenza il disfavore espresso dal legislatore statale per la modalita' di gestione del servizio pubblico attraverso una societa' a totale partecipazione pubblica, ancorche' sussistano i requisiti indicati dall'ordinamento comunitario, ossia l'esercizio da parte dell'ente pubblico di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la prevalenza dell'attivita' della societa' in house a favore dell'ente controllante.

Il nuovo regime introdotto dalle suddette disposizioni ed il rinnovato rapporto delineato dal legislatore statale tra esternalizzazione dei servizi pubblici e gestione in house degli stessi, non risponde ad esigenze connesse alla regolazione del mercato e di tutela della concorrenza e stabilisce una disciplina particolareggiata e puntuale, incidendo in maniera rilevante sulle prerogative regionali costituzionalmente garantite.

Secondo l'insegnamento comunitario, il sistema del c.d. affidamento in house providing indica l'ipotesi particolare in cui il servizio venga affidato a soggetti, che siano parte della amministrazione stessa. Quindi, ai fini della gestione di detto servizio, l'Amministrazione non ricorre all'esterno, facendo ricorso al mercato, ma provvede in proprio. Tale sistema si contrappone al c.d. outsourcing o contractingout in cui l'ente pubblico si rivolge invece al privato.

A riguardo si richiama la nota sentenza 18 novembre 1999 in causa C-107/98 (Teckal) con la quale, la Corte di giustizia delle Comunita' europee, dopo aver affermato l'obbligatorieta' della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, ha affermato che: «Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte piu' importante della propria attivita', con l'ente o con gli enti locali detentori».

Cio' in ragione del fatto che in tale ultimo caso non vi e' alcuna alterazione del mercato, in quanto la scelta di gestione in house si pone al di fuori delle regole del mercato stesso; dette societa' pubbliche - ove rispettino i requisiti individuati dall'ordinamento comunitario - devono infatti considerarsi alla stregua di strutture organizzative interne alle amministrazioni.

Come ben messo in evidenza dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2008, le societa' in house devono considerarsi come una «derivazione», o una longa manus, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione in house che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Si e' in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Da cio' lo stesso Consiglio di Stato deduce che, in ragione delle caratteristiche dell'in house providing, ed in particolare del «controllo analogo» e della «destinazione prevalente dell'attivita'», l'ente in house non puo' ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

L'organizzazione in house e' sottratta alla disciplina della concorrenza nella scelta del gestore, in quanto questi e' parte dell'organizzazione della controllante, per la quale svolge attivita' in via prevalente. Non puo' pertanto essere considerata un'impresa di

terzi, ne' incide sul mercato (in tal senso si veda Corte di giustizia delle Comunita' europee, 17 luglio 2008, in causa C-371/05, Commissione Ce c. Repubblica italiana).

Conseguentemente, non puo' invocarsi il principio di concorrenza - che invece deve necessariamente conformare l'operato delle amministrazioni una volta che le stesse abbiano deciso di rivolgersi al mercato delle imprese - nella ipotesi della scelta dell'in house, che involge piuttosto profili di auto-organizzazione dell'ente pubblico.

Piu' precisamente, il ricorso alla societa' in house costituisce un modulo gestionale non concorsuale, perche' in tal caso le Amministrazioni realizzano le attivita' di competenza attraverso propri organismi, senza ricorrere al mercato. Nelle gestioni in house non vi e' alcun coinvolgimento degli operatori economici, per cui le regole della concorrenza applicabili agli appalti pubblici e agli affidamenti dei servizi pubblici a terzi non vengono in rilievo.

Come rilevato dalla Corte costituzionale nella citata pronuncia n. 272/2004, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, il legislatore statale e' titolare di un titolo di legittimazione trasversale che gli consente di definire esclusivamente quegli aspetti della disciplina dei servizi pubblici locali, relativi alle modalita' di organizzazione degli stessi, collegati alla tutela della concorrenza e con esclusivo riferimento a quei profili di disciplina che appaiono strettamente indispensabili, proporzionati e adeguati al raggiungimento dell'obiettivo di garantire condizioni concorrenziali uniformi nei mercati di riferimento, in modo da garantire l'unita' e la coerenza del sistema: fuori da detto specifico ambito va riconosciuta alle regioni la competenza legislativa residuale ad esse attribuita dall'art. 117, quarto comma, Cost., specificatamente per tutti quegli aspetti che esulano dalla materia di tutela della concorrenza e da esigenze di carattere unitario.

In altri termini, la Corte costituzionale ha affermato con chiarezza che l'intervento legislativo statale a tutela della concorrenza con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica viene in considerazione solo per quei profili di disciplina strettamente collegati e funzionali (e dunque ragionevoli e proporzionati) all'esigenza di definire condizioni concorrenziali uniformi nei vari settori economici. Invece, quando le Amministrazioni, nell'esercizio delle valutazioni discrezionali di competenza, decidono di gestire il servizio attraverso una propria longa manus (la societa' in house) non ricorrono le esigenze di tutela della concorrenza e quindi, per tale profilo, non esiste un titolo legittimante la competenza statale.

La scelta in ordine alle modalita' di gestione del servizio pubblico locale tra esternalizzazione e affidamento in house del servizio e' una tipica scelta di organizzazione, che in quanto organizzazione locale e non nazionale dei servizi non rientra nella competenza statale, ma in quella regionale ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost.

La normativa in esame lede dunque direttamente la potesta' legislativa residuale delle regioni (art. 117, quarto comma, Cost.) in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali (regionali e degli altri enti territoriali) ove preclude alle regioni ogni determinazione in ordine alla preliminare scelta se rivolgersi al mercato (quindi tramite procedure ad evidenza pubblica) oppure gestire in proprio il servizio attraverso l'in house providing (che e' fuori dal mercato).

E' pertanto illegittima la norma di cui all'art. 15 in oggetto nella parte in cui esprime una prevalenza della gestione esternalizzata dei servizi pubblici locali, in quanto interviene

nella materia dell'organizzazione della gestione di detti servizi, con una normativa di dettaglio, che non lascia margini all'autonomia del legislatore regionale, pur perseguendo finalita' che esulano da profili strettamente connessi alla tutela della concorrenza.

Cio' in violazione dell'art. 117, secondo e quarto comma, della Costituzione.

Inoltre la norma si pone in contrasto anche con il diritto comunitario, in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Il citato primo comma dell'art. 117 Cost. prevede che la potesta' legislativa in Italia sia esercitata «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», cio' e' tanto piu' vero con riferimento alla materia della concorrenza, in relazione alla quale lo Stato si uniforma necessariamente ai principi comunitari.

Ebbene, nessuna disposizione comunitaria vigente limita il ricorso all'in house a casi eccezionali, in presenza di rigorose condizioni previste dalla legge e previo assolvimento di puntuali regole procedurali, cosi' come invece previsto dal legislatore statale del 2009.

Al contrario, l'ordinamento comunitario ammette espressamente la possibilita' di fornire i servizi pubblici con un'organizzazione propria, in alternativa all'affidamento ad imprese terze. La forma di gestione in house si giustifica proprio alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria che ha espressamente riconosciuto un'ulteriore ipotesi di organizzazione a fianco dell'organismo di diritto pubblico, qualificando l'in house quale espressione del potere d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni in virtu' del legame che unisce l'amministrazione territoriale alla societa' in house. Per detta ragione la giurisprudenza della Corte di giustizia europea esclude l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica ed ammette l'affidamento diretto dei servizi alla societa' in house che, seppur formalmente esterna rispetto all'amministrazione controllante, e' dall'amministrazione strettamente «dipendente» in ragione del requisito del «controllo analogo» e della destinazione prevalente all'amministrazione controllante dell'attivita' svolta dalla controllata.

Per contro, l'art. 15 in esame limita il ricorso alla gestione in house - ancorche' dichiaratamente (per espressa indicazione dello stesso legislatore nazionale nell'art. 15 in parola) conforme ai principi comunitari - e quindi legifera ben al di la' dei limiti legittimamente riconosciuti per le finalita' di tutela della concorrenza: cio' sia nella parte in cui inserisce il nuovo secondo comma nell'art. 23-bis, perche' esso non contempla la gestione in house come ordinaria, sia nella parte in cui si introducono i nuovi terzo e quarto commi, perche' questi sanciscono il carattere del tutto eccezionale delle gestioni in house, invece ammesse dall'ordinamento comunitario.

Pertanto, l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/ 2008, cosi' come modificato dall'art.15, decreto-legge n. 135/2009 non trova fondamento ne' nella riserva costituzionale alla legislazione statale esclusiva della materia tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e) Cost.), ne' nella disciplina comunitaria, cio' in violazione dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma della Costituzione.

Non potrebbe, infine, essere utilmente invocata - al fine di fondare la legittimita' costituzionale delle disposizioni in esame - la competenza esclusiva statale:

nella materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.), in quanto le disposizioni impugnate hanno ad oggetto unicamente le forme di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica e non le prestazioni che dette gestioni debbono

assicurare agli utenti (Corte cost., sent. n. 272 del 2004, già citata);

ovvero, nella materia relativa alle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera p), in quanto «la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicitazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (Corte cost., sent. n. 272/2004, citata).

2) - Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. d) decreto-legge n.135/2009 conv. in legge n. 166/2009 che sostituisce l'art. 23-bis, decreto-legge n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, con specifico riferimento all'ottavo comma del novellato art. 23-bis, nella parte in cui introduce un nuovo regime transitorio, valido per tutti i servizi, compreso quello idrico; per violazione dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma Cost.

Il comma 8 dell'art. 23-bis citato, così come risulta novellato dall'art. 15, primo comma, lett. d) del decreto-legge n. 135/2009, convertito in legge n. 166/2009, è parimenti illegittimo laddove prevede con una norma di estremo dettaglio la disciplina del periodo transitorio con riferimento alle gestioni in essere, che - per ciò stesso - non rispondono alle prescrizioni dei novellati secondo, terzo e quarto comma dell'art. 23-bis.

La disposizione stabilisce infatti che «Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito al secondo e terzo comma è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del secondo comma;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del secondo comma, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del secondo comma, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita

deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante».

E' evidente che anche detta disposizione non si limita a disciplinare, con norma di carattere generale, la materia della gestione dei servizi pubblici sotto lo specifico profilo della tutela della concorrenza e, in ogni caso, non rispetta i principi di adeguatezza e di proporzionalita' dell'intervento normativo da parte dello Stato in ragione delle finalita' pro-concorrenziali.

Inoltre, con la gia' piu' volte citata sentenza n. 272/04, la Corte costituzionale ha evidenziato che la disciplina del periodo transitorio ed in particolare l'individuazione dei casi di cessazione delle gestioni assentite deve necessariamente uniformarsi al principio di ragionevolezza.

Ebbene, non appare in alcun modo ragionevole l'aver stabilito una puntuale articolazione temporale della disciplina transitoria, valida indifferentemente per tutti le tipologie di servizi pubblici (gestione rifiuti, servizio idrico etc.) e riferita genericamente a tutte le diverse situazioni presenti sul territorio nazionale.

Ne' puo' negarsi che le disposizioni su citate delineino in maniera puntuale il regime transitorio, ben oltre i limiti dell'adeguatezza e della proporzionalita' e non si limitino invece - secondo l'insegnamento della Corte costituzionale nella gia' citata sentenza n. 272/2004 - a dettare una disciplina generale che garantisca spazi di intervento al legislatore regionale.

Inoltre, anche attraverso la disciplina del periodo transitorio, viene ribadito il disfavore del legislatore statale per le gestioni in house, le quali, pur affidate conformemente ai principi dell'ordinamento comunitario, sono destinate a cessare improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011 (cfr. novellato ottavo comma, lett. a) dell'art. 23-bis in parola, cosi' come modificato dall'art. 15 decreto-legge n. 135/2009).

Pertanto, per le ragioni gia' esposte al punto 1 del presente ricorso, anche la norma in esame deve essere dichiarata illegittima per contrasto con l'art. 117, primo, secondo e quarto comma della Costituzione, in quanto:

il legislatore statale, con la disciplina in esame, non ha limitato il proprio intervento agli aspetti piu' strettamente connessi alla tutela della concorrenza ed alla regolazione del mercato, ma e' intervenuto, con una norma di dettaglio, direttamente sulla potesta' residuale delle regioni, che vedono in tal modo in gran parte comprese le prerogative costituzionalmente garantite in ordine alla libera determinazione se - ai fini della gestione del servizio pubblico - ricorrere o meno al mercato. L'esercizio di detta opzione - che e' evidentemente preliminare rispetto alle ulteriori problematiche inerenti la regolazione del mercato (questa si' spettante alla competenza statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.) - rientra evidentemente nell'ambito del buon andamento dell'organizzazione dei servizi pubblici che spetta alle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma:, Cost.;

inoltre la disposizione nella parte in cui impone al 31 dicembre 2011 la cessazione di tutte le gestioni in house - dichiaratamente conformi all'ordinamento comunitario - si pone con quest'ultimo in insanabile contrasto, cio' in violazione dell'art. 117 primo comma, Cost.;

neppure con riferimento alla disciplina del periodo transitorio possano venire in rilievo le diverse competenze legislative riconosciute allo Stato, in via esclusiva, in ordine alla

definizione dei livelli essenziali delle prestazioni ovvero delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane (si veda in tal senso la già citata sentenza n. 272/2004), posto che «la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale».

P. Q. M.

Voglia dichiarare costituzionalmente illegittime le disposizioni qui impugnate dell'art. 15, del decreto-legge n. 135/2009, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee», così come modificato dalla legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166, per le ragioni e sotto i profili illustrati nel presente ricorso.

Si deposita la delibera di autorizzazione della Giunta regionale toscana n. 36 del 18 gennaio 2010.

Firenze-Roma, addì 21 gennaio 2010

L'Avv.: Lucia Bora

REGIONE LIGURIA
N. 12 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 .
(GU n. 10 del 10-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Liguria).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Liguria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

Norme Impugnate

	Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
legge 20/11/2009	166			modificative dell'
decreto legge 25/06/2008	112	23	2	
decreto legge 25/06/2008	112	23	3	
decreto legge 25/06/2008	112	23	4	
decreto legge 25/06/2008	112	23	8	convertito con modificazioni
legge 06/08/2008	133			

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione	117	1		
Costituzione	117	2		
Costituzione	117	3		
Costituzione	117	4		
Costituzione	117	5		
Costituzione	117	6		
Costituzione	118	1		
Costituzione	118	2		
Costituzione	119			
legge 30/12/1989	439			

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 , n. 12

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Liguria).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Liguria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarieta' e proporzionalita', esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b) e d), modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
- Costituzione, artt. 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439; Carta europea dell'autonomia locale 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4.

Ricorso della Regione Liguria, in persona del vice-Presidente della Regione pro-tempore, autorizzato con deliberazione della Giunta regionale 30 dicembre 2009, n. 1909 (doc. 1), rappresentata e difesa, come da procura speciale n. rep. 14263 dell'11 gennaio 2010, rogata dal dott. Margherita Poli, notaio in Genova (doc. 2), dall'avv. prof. Giandomenico Falcon di Padova e dall'avv. Luigi Manzi di Roma, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Luigi Manzi, in via Confalonieri, n. 5;

Contro il Presidente del Consiglio dei ministri per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b) e lettera d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2009 - Supplemento Ordinario n. 215, per violazione:

dell'art. 117, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma, della Costituzione;

dell'art. 118, primo e secondo comma, della Costituzione;

dell'art. 119 della Costituzione;

nei modi e per i profili di seguito illustrati,

F a t t o

La Regione Liguria e' dotata di potesta' legislativa piena in materia di servizi pubblici locali (v., ad es., sent. Corte cost.

29/2006) e di organizzazione degli enti locali (salvi i profili di cui all'art. 117, co. 2, lettera p), ai sensi dell'art. 117, co. 4, Cost.

L'ultima disciplina del servizio idrico e' stata dettata con l.r. 39/2008, il cui art. 4 prevede che l'AATO affidi il servizio idrico nel rispetto dell'art. 113, co. 7, d.lgs. 267/2000 «e delle modalita' di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs. 152/2006» (co. 4). A sua volta, l'art. 150, co. 1, d.lgs. 152/2006 rinvia all'art. 113, co. 5, in base al quale «l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarita' del servizio:

a) a societa' di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a societa' a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorita' competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a societa' a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla societa' un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la societa' realizzi la parte piu' importante della propria attivita' con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Dunque, la legge regionale rinvia ad una disciplina che ammette senza limitazioni la gestione in house.

Il d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009, e' intitolato Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, ma, mentre pressoché tutti gli altri articoli del decreto citano con precisione le fonti comunitarie o le sentenze della Corte di giustizia di cui rappresentano attuazione (o le procedure di infrazione cui si vuole porre rimedio), l'art. 15 del decreto, pur essendo intitolato Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non cita mai atti comunitari.

Ed in effetti, esso non e' affatto imposto da esigenze di adeguamento alla normativa comunitaria ma e' frutto di una scelta meramente statale volta ad imporre la procedura competitiva di affidamento del servizio come procedura ordinaria e l'affidamento in house come procedura eccezionale.

Tutt'al contrario, invece, il diritto comunitario - pur incentrato sulla tutela della concorrenza come metodo per garantire la pari opportunita' di accesso al mercato delle commesse pubbliche per tutti gli operatori europei - ammette pienamente il diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici autoproducendoli corrispondentemente alla propria missione.

E' invece soltanto nel momento nel quale un'autorita' pubblica scelga di esternalizzare il servizio che il procedimento di affidamento deve rispettare i principi di non discriminazione, trasparenza, parita' di trattamento, libera circolazione di persone e imprese ed in particolare la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

Inoltre, in assenza di una specifica regolamentazione comunitaria di settore (direttiva e regolamento), la scelta della piu' idonea forma di gestione del servizio pubblico spetta agli Stati-membri nel rispetto del riparto interno delle competenze.

L'art. 15 modifica l'art. 23-bis d.l. 112/2008, convertito nella l. 133/2008, il quale e' stato a sua volta gia' impugnato da questa Regione con ricorso n. 72/2008, tuttora pendente.

Anche l'art. 15 risulta lesivo delle competenze costituzionali

della Regione nelle materie dei servizi pubblici e dell'organizzazione degli enti locali, in quanto conferma l'impianto dell'art. 23-bis, coartando il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio idrico a favore della propria comunita'.

Di seguito si illustreranno con precisione le norme impugnate ed i motivi del ricorso. Qui resta solo da aggiungere che l'art. 15 d.l. 135/2009 e' impugnabile anche nelle parti in cui sia confermativo dell'art. 23-bis d.l. 112/2008, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale gli atti legislativi sono sempre impugnabili anche se apparentemente «confermativi», perche' dotati sempre, per propria natura intrinseca, del carattere della novita' (v., ad es., sentt. n. 30 e 44/1957, 47 e 63/1959, 3/1964, 19/1970, 171/1971, 49/1987, 1035/1988, 381/1990, 224/1994).

Si puo' anche ricordare la recente sent. 328/2009, in base alla quale «l'esistenza di una preesistente normativa non costituirebbe motivo di preclusione alla impugnazione di altra sopravveniente disciplina che, novando il quadro normativo, andasse a regolare la medesima materia» (punto 3.3 del Diritto).

D i r i t t o

1. - Illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b).

Il comma 2 dell'art. 23-bis d.l. 112/2008, come sostituito dall'art. 15, comma 1, lettera b), d.l. n. 135/2009, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria», a favore di terzi «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», oppure a «societa' a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica,.. le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Il comma 3 dispone che, «in deroga alle modalita' di affidamento ordinario..., per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Infine, il comma 4 statuisce che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»; decorso il termine, «il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole».

Dunque, tali norme escludono il diritto dell'ente pubblico di gestire direttamente il servizio idrico (in proprio o tramite azienda speciale) e pongono pesanti limiti sostanziali (comma 3) e procedurali (comma 4) al diritto di erogarlo tramite societa' pubblica in house.

E' chiara la drastica compressione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione

degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), dato che le possibili scelte della Regione sulla forma di gestione del servizio vengono limitate a due possibilità, mentre la gestione diretta viene esclusa e quella tramite società in house limitata a casi eccezionali.

Ne' le norme impugnate possono essere giustificate in virtù della competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lettera e) della Costituzione («tutela della concorrenza»). Sia consentito, a questo proposito, riprodurre alcuni passi del ricorso proposto contro l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008:

«L'art. 23-bis è dedicato alla disciplina dei Servizi pubblici locali di rilevanza economica. Conviene ricordare che i servizi pubblici, in quanto tali, non ricadono in alcuna potestà legislativa statale, ma che lo Stato può intervenire in essa, come codesta ecc.ma Corte costituzionale ha stabilito con la sentenza n. 272 del 2004, a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettera e) della Costituzione, e che pertanto non sono censurabili tutte quelle norme «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali» (punto 3 in diritto).

La presente impugnazione non intende mettere in discussione questo principio.

Tuttavia, le impugnate disposizioni dell'art. 23-bis, commi secondo e terzo, riguardano non la tutela della concorrenza, ma più precisamente il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio pubblico a favore della propria comunità'.

Occorre ricordare che tale diritto non solo non è precluso dalle regole di tutela della concorrenza, ma è espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, espressa in modo chiaro e lineare nella decisione Stadt Halle (sentenza dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03).

Al punto 48 di tale decisione è chiaramente stabilito che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», e che, «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

Ha inoltre precisato, al punto 49, che, «in conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano».

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia è sempre rimasta ferma e costante, dalla Teckal, (18 novembre 1999, in causa C-107/98) alla recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (6 aprile 2006, in causa C410/04).

Ora, questo diritto delle amministrazioni, che non mette in discussione la tutela della concorrenza ed è pienamente riconosciuto

dalla Corte di giustizia, e' invece negato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis qui impugnato.

Il comma 2, infatti, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di societa' in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», mentre il comma 3 dispone che ogni diverso modo di «affidamento» (ma con cio', presumibilmente, anche ogni diverso modo di gestione) possa essere scelto «in deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

Ed il comma 4 aggiunge che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato e alle autorita' di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

Ad avviso della Regione Liguria, tale limitazione della capacita' delle amministrazioni regionali e locali di gestire in proprio i servizi pubblici risulta costituzionalmente illegittima e lesiva della potesta' legislativa regionale nella materia.

In effetti, un problema di tutela della concorrenza puo' iniziare solo dopo che e' stata presa la decisione di gestire il servizio attraverso il mercato, anziche' in proprio. Al contrario, la decisione di mantenere il servizio nell'ambito della propria organizzazione diretta, o della propria organizzazione in house, non restringe e non altera in alcun modo la concorrenza.

Nel quadro della gestione in proprio, invece, abbiamo semplicemente lo svolgimento dell'attivita' amministrativa da parte dell'ente responsabile davanti alla propria comunita'.

Naturalmente, le regole di concorrenza riprenderanno pienamente il loro vigore ogni volta che l'amministrazione responsabile del servizio si debba rivolgere al mercato per l'acquisto di beni o servizi: ma essa non puo' invece essere costretta ad affidare il servizio in quanto tale ad entita' esterne, con le quali essa non ha un rapporto di pieno controllo ma esclusivamente un vincolo contrattuale.

Le disposizioni dei commi 2, 3 e 4 risultano dunque illegittime in quanto, in violazione dell'art. 117, comma 4, limitano la potesta' legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (le «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato) che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato e alle autorita' di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza»)».

Si noti che sin dalla sentenza n. 14 del 2004 codesta ecc.ma Corte ha affermato che dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non puo' non riflettere quella operante in ambito comunitario» (punto 4 in diritto).

Così dunque come l'ordinamento comunitario - che pure ha nella tutela della concorrenza un valore essenziale - rispetta tuttavia il diritto delle amministrazioni di erogare da se' il servizio, lo

stesso principio non puo' non valere in diritto interno, ove la tutela della concorrenza costituisce semplicemente il limite esterno della competenza regionale e locale in relazione ai servizi pubblici ad essi spettanti.

«Ad integrazione di tali considerazioni sia consentito di rinviare anche a quelle svolte nel punto 3 del presente ricorso, ove e' argomentata la distinzione tra tutela della concorrenza e privatizzazione delle risorse pubbliche.

Per quanto riguarda altri titoli di competenza statale eventualmente immaginabili (l'art. 23-bis, comma 1, richiama espressamente l'art. 117, comma 2, lettera m), si puo' ricordare che la sent. n. 272/2004 ha avuto pure ad oggetto norme relative alle forme di gestione dei servizi pubblici e codesta Corte ha osservato che «la disciplina in esame non appare riferibile... alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacche' riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali» (punto 3 del Diritto).

In effetti, non si vede in quale modo il divieto di gestione diretta del servizio e la forte limitazione della gestione in house potrebbero favorire il perseguimento dello scopo «di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti» (art. 23-bis, comma 1): anzi, sembra logico pensare che tali obiettivi possano essere meglio raggiunti con le forme di gestione appena citate.

Per quanto riguarda l'art. 117, comma 2, lettera p), la non invocabilita' di esso in relazione alle modalita' di affidamento dei servizi locali e' gia' stata sancita da codesta Corte nelle sentt. n. 272/2004 e n. 307/2009, punto 6.1.

Nella sent. n. 307/2009 si legge anche che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialita' di questo alla vita associata delle comunita' stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali».

Ora, se il servizio idrico e' una funzione fondamentale dell'ente locale, lo Stato non puo' vietare all'ente di svolgerlo direttamente, costringendolo ad affidarlo a terzi! L'art. 117, comma 2, lettera p) non puo' legittimare lo Stato a negare la possibilita' per l'ente di esercitare la funzione. Puo' essere utile ricordare che l'art. 2, comma 4, l. n. 131/2003 delega il Governo a «individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Citta' metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarita' di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunita' di riferimento».

Dunque, delle funzioni fondamentali i comuni devono essere titolari e che significato ha la titolarita' se e' preclusa a priori la possibilita' di svolgimento della funzione?

In definitiva, il nuovo art. 23-bis, commi 2 e 3, risulta illegittimo per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), in quanto impone come regime ordinario il conferimento della gestione del servizio idrico a favore di terzi o a favore di societa' miste, vieta la gestione diretta da

parte dell'ente locale (in proprio o tramite azienda speciale) e limita fortemente la gestione in house.

Non si comprende come «servizi di interesse generale» (così lo stesso art. 23-bis, comma 1) non possano essere gestiti direttamente dall'ente pubblico deputato a soddisfare gli interessi generali della propria comunità (art. 3, comma 2, d.lgs. 267/2000: «Il comune e l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo»). Sotto tale aspetto, il nuovo art. 23-bis, commi 2 e 3, viola anche l'art. 118, commi 1 e 2, Cost., perché - vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico - vanifica la norma che assegna, preferibilmente, le funzioni amministrative ai comuni (il servizio idrico virtualmente rimane di spettanza dei comuni ma in concreto viene assegnato ad altri soggetti; inoltre, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata).

Il legislatore statale, male intendendo - ad avviso della Regione - la propria funzione di tutela della concorrenza, ha dunque svuotato il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 1, Cost., e ha violato anche il comma 2 dell'art. 118 Cost., perché ha vanificato la norma in base alla quale i comuni «sono titolari di funzioni amministrative proprie» (il servizio idrico, essendo una funzione fondamentale, rientra tra le funzioni «proprie» di cui all'art. 118, comma 2).

Ancora, i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 23-bis violano l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto contrastano con la Carta europea dell'autonomia locale di cui alla l. n. 439/1989, Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

È ormai pacifico, dopo le sentt. n. 348 e n. 349 del 2007 di codesta Corte, che il senso di tali disposizioni consiste nel rendere i trattati internazionali legittimamente stipulati dall'Italia vincolanti per il legislatore ordinario.

Se è così, pare chiara la contraddizione delle norme impuginate con le disposizioni della Carta. Si considerino, in particolare: l'art. 3, comma 1, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»; l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»; l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali» (enfasi aggiunta).

Una volta che si riconosca, come codesta stessa Corte ha già affermato, che per le tradizioni storiche e per l'essentialità del servizio per la vita sociale e collettiva, la gestione del servizio idrico è parte delle funzioni fondamentali dei Comuni, sembra evidente che solo ad essi spetta la decisione sul migliore modo di organizzarlo. La loro autonomia potrà essere limitata sul versante del dimensionamento del servizio per assicurare una distribuzione efficiente, e dunque sulla eventuale necessità di una gestione associativa della risorsa idrica, ma non si vede come possa risultare legittimo privarli o comunque configurare come eccezionale e soggetta a specifici aggravii procedurali la scelta di assumere essi stessi - conformemente del resto a consolidate tradizioni ed esperienze - la responsabilità della gestione diretta del servizio.

Ne varrebbe replicare che le norme impuginate non incidono sulla spettanza delle funzioni ma solo sulle forme di gestione: quando la

disciplina delle forme di gestione arriva ad impedire la gestione diretta del servizio idrico, non si può negare un'incidenza sulla spettanza concreta della funzione; inoltre, come detto, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioè la possibilità di scegliere la forma di gestione più adeguata a soddisfare le esigenze della comunità rappresentata.

Infine, è da precisare che la Regione è legittimata a far valere la violazione dell'art. 118, commi 1 e 2, Cost. e della Carta europea dell'autonomia locale: sia perché la lesione delle competenze comunali è strettamente connessa alla violazione della competenza legislativa regionale in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali (come visto sopra), sia perché, comunque (sia consentito qui citare testualmente le parole di codesta ecc.ma Corte costituzionale), «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale» (sent. n. 298/2009, punto 7.2; v. anche le sentt. n. 169/2007, punto 3; n. 95/2007, n. 417/2005, n. 196/2004 e n. 533/2002).

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo art. 23-bis, comma 2, lettera b), nella parte in cui regola in dettaglio l'affidamento del servizio alla società mista, imponendo una partecipazione minima del 40% del socio privato e «l'attribuzione [al socio] di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

In tal modo il legislatore ha violato il criterio di proporzionalità che deve guidare l'adozione di norme volte a tutelare la concorrenza (v. la sent. n. 272/2004), invadendo il campo riservato alla potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici.

Le norme in questione, infatti, pongono ulteriori vincoli alla potestà legislativa regionale, senza che essi risultino funzionali ad una maggiore promozione della concorrenza, della quale potrebbero persino risultare piuttosto limitative. Infatti, sono gli stessi privati che potrebbero non avere interesse ad acquistare, un pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%) e presumibilmente di notevole impegno economico (e che tuttavia non garantisce affatto il controllo sulla società), per avere in cambio - in ipotesi - solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio).

E per altro verso, in senso contrario, in alcuni casi la situazione gestionale concretamente esistente potrebbe rendere preferibile in termini di efficienza una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attività.

La ritenuta illegittimità dell'imposizione dell'affidamento a privati come forma gestionale ordinaria, e della previsione come eccezionale della gestione mediante la propria organizzazione (in house), comporta logicamente l'illegittimità dell'art. 23-bis, comma 4, in quanto esso richiede uno speciale parere per l'adozione della gestione diretta del servizio mediante la propria organizzazione o in house.

È evidente, infatti, che tale parere si può giustificare soltanto come forma di garanzia della «eccezionalità» della gestione in house e della fondatezza delle specifiche ragioni della scelta, ma che esso non ha più senso né ragionevolezza una volta che si

riconosca il diritto dell'amministrazione di gestire in proprio il servizio.

Giova infine precisare che la gestione in proprio del servizio non sottrae quote sostanziali di mercato alla concorrenza: è evidente, infatti, che le regole della gara pubblica torneranno ad applicarsi per i beni, le forniture ed i servizi che l'amministrazione dovrà procurarsi per l'erogazione del servizio.

Anche da questo punto di vista, dunque, l'imposizione della privatizzazione della gestione non può giustificarsi come tutela della concorrenza.

2. - In subordine: illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b), nella parte in cui regola le forme di affidamento non competitive.

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo comma 3 dell'art. 23-bis, che, invece di rinviare alle forme di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali, regola direttamente anche tale caso, imponendo la gestione in house ed escludendo la gestione in proprio da parte dell'ente locale o la gestione tramite azienda speciale.

Sotto tale profilo, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 peggiora la disposizione rispetto a quanto risultava dall'originario art. 23-bis d.l. n. 112/2008: infatti, l'originario comma 3 stabiliva che, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» (che, come visto, ammette sia la gestione diretta da parte dell'ente locale, sia la gestione tramite azienda speciale, sia la gestione tramite società in house).

Invece, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 - oltre ad imporre una forma di gestione «ordinaria» - impone anche la forma di gestione alternativa, per i casi in cui non ci può essere un «utile ricorso al mercato». Ma appare evidente che, nel momento in cui non si attiva la procedura competitiva, è escluso che lo Stato possa invocare la propria competenza in materia di «tutela della concorrenza»: anche ammesso, in denegata ipotesi, che il nuovo comma 2 dell'art. 23-bis sia giustificato dall'art. 117, comma 2, lettera e), di certo tale norma non potrebbe legittimare la disciplina statale delle forme di gestione non competitive, che ricadono indubbiamente nella competenza regionale piena in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali.

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata.

3. - Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera d).

Il nuovo comma 8 dell'art. 23-bis regola il «regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3».

Nella lettera a) si dispone che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011»; «esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2».

Le lettere b) e c) regolano il regime transitorio delle gestioni affidate direttamente a società miste.

La lettera d) stabilisce che «gli affidamenti diretti assentiti

alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

Dunque, tali norme impongono o la cessazione anticipata della gestione in house o la dismissione di quote rilevanti delle partecipazioni pubbliche.

Esse sono illegittime in primo luogo - naturalmente - per le medesime ragioni già esposte nel punto 1, in quanto, impedendo la gestione del servizio da parte degli enti locali tramite società pubblica, coartano il diritto degli enti locali di erogare in proprio il servizio e ledono la potestà legislativa regionale nella materia in questione: sia consentito, dunque, rinviare al motivo n. 1.

Ad avviso della Regione, anche tali norme non si possono giustificare a titolo di «tutela della concorrenza».

In realtà l'art. 23-bis, come modificato dalla norma impugnata, imponendo agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati, confonde la tutela della concorrenza con la privatizzazione delle risorse pubbliche.

La tutela della concorrenza è un principio comunitario e oramai costituzionale che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, perciò, che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitività tra le imprese. In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria.

La privatizzazione delle risorse pubbliche, invece, ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse e, quindi, si impone per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza: la quale invece, dovrà essere assunta come metodo per pervenire alla privatizzazione (una volta che la si sia per altra ragione decisa), affinché questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze né della Comunità europea, né dello Stato: né, d'altronde, è una vera materia, trattandosi invece di una modalità di gestione di un bene, servizio o attività.

Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettività, è un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività stessa. Essa, dunque, si giustifica soltanto là dove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

Se ciò è vero, lo Stato non può imporre la privatizzazione con la propria legge, per ragioni attinenti ad un'astratta valutazione dell'efficienza del servizio, a meno che non si tratti di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni (come non accade certo nel presente caso: v. supra). L'efficienza, infatti, deve essere valutata in concreto dagli enti esponenziali della collettività che gestiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio in via generale ed astratta non può che contravvenire al principio di sussidiarietà, oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, dunque, può legiferare: a) per assicurare la concorrenza là dove l'ente competente decida di aprire il servizio ai privati; b) per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni; c) ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, là dove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilità politica delle comunità territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalità di erogazione e dei modelli di gestione.

Le norme impugnate sovrappongono e dunque confondono i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. La confusione, a sua volta, nasce da un presupposto concettuale che si ritiene profondamente errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche là dove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, non significa tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettività territoriali. Così si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori su cui non è già presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico), dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualità dei servizi (il livello di diffusione, il livello delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticità dei controlli e degli indirizzi, ecc.).

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad un «credo ideologico» circa la migliore capacità delle imprese private di gestire non l'impresa in sé, ma gli interessi pubblici.

Questa opzione è meramente ideologica, in quanto essa è estranea sia alla costituzione comunitaria - nella quale è indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale - fermo il diritto di iniziativa economica privata - è pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilità generale (cioè di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese già in regime di iniziativa privata.

È, peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni: su un piano generale ad opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunità; sul piano più direttamente giuridico, a realizzare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che è lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica, nonché la propria vocazione a rappresentare gli interessi delle amministrazioni locali della propria comunità (su ciò v. le sentt. n. 298/2009, punto 7.2, n. 169/2007, punto 3; n. 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

Dunque, anche il nuovo art. 23bis, comma 8, lettera a) e lettera d) viola l'art. 117, comma 1 (per contrasto con la Carta europea

dell'autonomia locale), comma 2 (per erronea interpretazione dei confini dei poteri statali ivi previsti) e comma 4 (per violazione della potesta' legislativa regionale piena in materia di servizi locali e organizzazione degli enti locali), e l'art. 118, comma 1 e 2, Cost. (per violazione del principio di sussidiarieta' e della titolarita' comunale di funzioni proprie), per le ragioni esposte nel punto 1.

Ancora, il nuovo art. 23-bis, comma 8, lettera a) e lettera d) lede l'autonomia finanziaria degli enti locali (art. 119 Cost.), dato che impone ad essi di cedere rilevanti quote delle societa' da essi controllate (e, come detto, l'obbligatorieta' della vendita rende difficile ottenere le condizioni di mercato). La Regione e' legittimata a far valere tale lesione (si vedano le decisioni di codesta ecc.ma Corte costituzionale richiamate poco sopra).

In subordine, esso e' illegittimo in quanto regola nel dettaglio le quantita', le modalita' ed i tempi di tali cessioni, per le ragioni gia' esposte al punto 1) del presente ricorso, la' dove si e' contestato il comma 2, lettera b), per la regolazione in dettaglio dell'affidamento alla societa' mista (e il comma 8, lettera a), rinvia appunto al comma 2, lettera b).

P.Q.M.

La Regione Liguria, come sopra rappresentata e difesa; chiede voglia codesta ecc.ma Corte costituzionale accogliere il ricorso, dichiarando l'illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lettera b) e lettera d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

Padova-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Giandomenico Falcon - Avv. Luigi Manzi

REGIONE EMILIA ROMAGNA
N. 13 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 .
(GU n. 10 del 10-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Emilia-Romagna).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di regolamento governativo - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di vincoli in violazione del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilità regionale - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Emilia-Romagna - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, lesione dell'autonomia finanziaria regionale, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

Norme Impugnate

		Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	
legge	20/11/2009	166			di modifica dell'
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	
decreto legge	25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
decreto legge	25/06/2008	112	23		convertito con modificazioni
legge	06/08/2008	133			modificativo
decreto legislativo	18/08/2000	267	113		

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione	117	1		
Costituzione	117	2		
Costituzione	114			
Costituzione	117	4		
Costituzione	117	6		
Costituzione	118			
Costituzione	119			
legge	30/12/1989	439		

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 , n. 13

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Emilia-Romagna).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di regolamento governativo - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di vincoli in violazione del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilita' regionale - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza - Ricorso della Regione Emilia-Romagna - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, lesione dell'autonomia finanziaria regionale, violazione dei principi di sussidiarieta' e proporzionalita', esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b), c), d), e), f) e g), di modifica dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, a sua volta modificativo dell'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

- Costituzione, artt. 114, 117, primo, secondo, quarto e sesto comma, 118 e 119; legge 30 dicembre 1989, n. 439.

Ricorso della regione Emilia-Romagna, in persona del Presidente della Giunta regionale, legale pro-tempore, sig. Vasco Errani, autorizzato con deliberazione della Giunta Regionale n. 36 del 18 gennaio 2010, rappresentata e difesa per mandato speciale a margine dal prof. Avv. Giandomenico Falcon, dal prof. Franco Mastragostino e dall'avv. Luigi Manzi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri, n. 5, contro il Presidente del Consiglio dei Ministri per la declatoria di illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1 lett. b), comma 1 lett. c), comma 1 lett. d), comma 1 lett. e) f) g), del decreto-legge 25 settembre 2009 n. 135, convertito con modificazioni, con legge 20 novembre 2009, n. 166, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunita' europee» (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2009 - Suppl. ord. n. 215) di modifica, sostituzione e integrazioni all'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito con la legge n. 133/2008, sulla disciplina dei Servizi Pubblici Locali, per violazione degli artt. 117, comma 1, 2, 4, 6, 114, 118 e 119 Cost.

Premessa di ordine generale sulla presente impugnazione.

L'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, convertito con modificazioni con la legge 20 novembre 2009, n. 166, introduce una profonda revisione del quadro generale di disciplina dei servizi pubblici locali di tipo economico. La disposizione innova l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112/2008, che a sua volta aveva riscritto

la disciplina di riferimento, integrando l'originaria previsione contenuta nell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

La «riforma» della «riforma» viene giustificata in nome della pretesa attuazione di obblighi comunitari in materia di servizi pubblici locali e sulla base delle competenze statali finalizzate alla tutela della concorrenza, ma, come vedremo, essa e' passibile di fondamentali censure di incostituzionalita', laddove la rigida disciplina innovativamente prevista dal legislatore statale non appare, nelle disposizioni che qui si censurano, affatto improntata ad assicurare obiettivi di tutela della concorrenza, ma a perseguire altre e diverse finalita', che si pongono al di fuori dei titoli di competenza statale, che risultano in contrasto con la stessa disciplina comunitaria e che si traducono nella lesione delle potesta' regionali/locali di imprimere, secondo valutazioni ad esse Comunita' spettanti, una pertinente ad adeguata organizzazione e gestione dei servizi pubblici nel territorio di riferimento, in una materia - quella dei servizi pubblici locali e di organizzazione degli enti locali - nella quale le Regioni sono dotate di competenza legislativa piena, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., i, salvi i profili di cui all'art. 117, comma 2, lett. p).

Preliminarmente alla esposizione delle specifiche ragioni di impugnazione, va osservato come cose del tutto diverse siano la tutela della concorrenza da un lato, i principi della privatizzazione delle risorse pubbliche dall'altro. La tutela della concorrenza e' un principio comunitario (e oramai costituzionale) che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, percio', che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitivita' tra le imprese.

In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria. Essendo questa una competenza di scopo - o, se si vuole, una materia «finalistica» - la Corte ha anche di recente ricordato che l'esclusivita' non va, pero', intesa come esclusione a priori del legislatore regionale, ma comporta una valutazione in concreto della strumentalita' di ogni legge, statale o regionale che sia, rispetto alle finalita' di tutela.

La privatizzazione delle risorse pubbliche ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse. Ad essa dunque puo' farsi ricorso per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza, la quale, pero', dovra' essere assunta come metodo della privatizzazione, affinche' questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze ne' della Comunita' europea, ne' dello Stato. Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettivita', e' un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettivita' stessa. Quindi, si giustifica soltanto laddove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

La questione della privatizzazione dei servizi pubblici locali con valenza economica, in parte ricade nella tutela della concorrenza, in parte nella privatizzazione delle risorse, ma le due prospettive restano distinguibili e da distinguere nei termini sopra indicati. Perche' solo per ragioni di concorrenza lo Stato e' abilitato ad intervenire con legge, non anche per ragioni attinenti all'efficienza del servizio (a meno che non si ricada nella determinazione dei livelli essenziali, o nel coordinamento della finanza pubblica).

Quest'ultima - l'efficienza del servizio - infatti, deve essere valutata in concreto dagli Enti esponenziali della collettivita' che acquisiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio

in via generale ed astratta non puo' che contravvenire al principio di sussidiarieta', oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, naturalmente, puo' legiferare:

a) per assicurare la concorrenza laddove si apra il servizio ai privati;

b) per garantire i livelli essenziali delle prestazioni;

c) ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, laddove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalita' di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilita' politica delle comunita' territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalita' di erogazione e dei modelli di gestione.

La pretesa riforma contenuta nelle recenti disposizioni, introdotte con decretazione d'urgenza, di modifica di altre disposizioni non adeguatamente ponderate (si ricorda, infatti, che l'art. 23-bis e' maturato nel corso di una estate, precisamente tra il giugno e l'agosto 2008), confonde ad avviso della Regione i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. E questa confusione nasce da un presupposto errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche laddove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, significa non tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettivita' territoriali. Cosi' si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori nei quali non e' gia' presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico), dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualita' dei servizi, (il livello di diffusione, il livello delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticita' dei controlli e degli indirizzi, ecc.)

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e, quindi, fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle societa' pubbliche, che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualita' dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad una «credo ideologico» circa la migliore capacita' delle imprese private di gestire non l'impresa in se', ma gli interessi pubblici.

Questa opzione e' meramente ideologica, in quanto essa e' estranea sia alla costituzione comunitaria - nella quale e' indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale - fermo il diritto di iniziativa economica privata - e' pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilita' generale (cioe' di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese gia' in regime di iniziativa privata.

E', peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni:

a) su un piano generale onde opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunita';

b) sul piano piu' direttamente giuridico, al fine di poter esplicare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che e' lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica.

I precedenti giurisprudenziali costituzionali sui Servizi pubblici locali.

La riforma contiene numerose disposizioni, la cui compatibilita' con la Carta costituzionale deve essere messa in discussione, soprattutto a proposito dei canoni che regolano il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Al riguardo, si deve ricordare che gia' la Corte costituzionale si e' pronunciata sul punto, con la sentenza n. 272/2004. In quell'occasione, la Regione Toscana aveva impugnato le disposizioni di riforma dell'art. 113 del TUEL, contenute nell'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326. Ad avviso della Regione, quelle disposizioni violavano l'art. 117 della Costituzione, in quanto introducevano una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali, materia che l'art. 117 non contempla fra quelle riservate alla legislazione esclusiva dello Stato e che, quindi, spetta alle Regioni disciplinare, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

La Corte ha accolto solo in parte le contestazioni avanzate. Infatti, ha affermato che:

a) l'intervento legislativo statale in una materia come quella dei servizi pubblici locali, non espressamente prevista nell'art. 117 Cost., si giustifica solo alla luce della competenza esclusiva che lo Stato ha in materia di «tutela della concorrenza», la quale, stante la sua trasversalita', puo' abbracciare qualsiasi attivita' economica;

b) tuttavia, l'ambito di operativita' della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» e' definito anche attraverso il rispetto del principio di proporzionalita' e adeguatezza, nel senso che l'intervento legislativo statale non puo' essere talmente dettagliato da escludere qualsiasi possibilita' di regolazione da parte della Regione;

c) pertanto, sono state ritenute illegittime, sotto il profilo costituzionale, sia le disposizioni statali dirette a disciplinare i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, sia le disposizioni dirette a disciplinare aspetti dei servizi pubblici locali di rilievo economico, ma con esasperato taglio applicativo e di dettaglio.

Tale orientamento e' stato recentemente confermato con la sentenza n. 307/2009, nella quale codesta Corte ha precisato che la disciplina statale sulle modalita' di affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica e' costituzionalmente legittima, in quanto riconducibile alla materia «tutela della concorrenza». Nella stessa decisione, e' anche affermato che «Le competenze comunali in ordine al servizio idrico, sia per ragioni storico-normative, sia per l'evidente essenzialita' di questo alla vita associata delle comunita' stabilite nei territori comunali, devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina e' stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117.

Cio' non toglie, ovviamente, che la competenza in materia di servizi pubblici locali resti una competenza regionale, la quale risulta in un certo senso limitata dalla competenza statale suddetta, ma puo' continuare ad essere esercitata negli altri settori, nonche' in quello dei servizi fondamentali, purché non sia in contrasto con

quanto stabilito dalle leggi statali».

Alla luce di quanto sopra esposto e dei parametri indicati dalla stessa Corte, si sollevano, pertanto, i seguenti profili di illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute nella «riforma» dei Servizi pubblici locali del 2009.

1. Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1 lett. b) del D.L. n. 135/2009, convertito, con mod. con la legge n. 166/2009, nella parte in cui modifica il comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, per violazione degli artt. 117, commi 1, 2 e 4 e 114 e 118 Costituzione.

L'art. 15, del d.l. n. 135/2009, modifica il comma 3 dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008. Il nuovo testo dispone che «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

La disposizione appare come un'ingiustificata invasione, da parte del legislatore statale, della competenza legislativa regionale, nel momento in cui si ponga attenzione al fatto che introduce un modello alternativo di gestione per i servizi pubblici locali che risultino, in concreto, caratterizzati da elementi che escludono un mercato di riferimento. La disposizione lascia intendere che ci possono essere dei servizi pubblici locali economici in astratto, i quali perdono tale rilevanza in concreto, poiché «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». In questi casi, è direttamente il legislatore statale ad imporre il modello di gestione (la società in house). Ora, nel momento in cui il legislatore ha riguardo, come condizione applicativa della disposizione introdotta, all'assenza di un mercato di riferimento ed alla perdita, in concreto, della rilevanza economica del servizio, arriva a negare il suo titolo di legittimazione a legiferare, che, come si è detto, è legato alla «tutela della concorrenza», la quale si giustifica solo in presenza di attività che hanno un mercato di riferimento. In pratica, il legislatore statale può legiferare fin quando il servizio pubblico locale presenti una rilevanza economica in astratto e in concreto; viceversa, solo il legislatore regionale può intervenire per dettare la disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico ab origine o che non hanno, per situazioni di fatto contingenti e concrete, un mercato di riferimento.

Inoltre, bisogna sottolineare che anche ammesso (ma non concesso) che la tutela della concorrenza possa giustificare in generale la limitazione della gestione diretta del servizio pubblico, potrà poi essere rilevante per lo Stato che vi siano sistemi di verifica idonei ad accertare la reale sussistenza di condizioni di fatto che impediscano il ricorso al mercato e, quindi, alla gestione ordinaria del servizio, e consentano di ricorrere ad una gestione in deroga; ma non potrà mai essere rilevante per lo Stato imporre un determinato modello di gestione da parte dell'ente locale.

Non è certo funzionale alla garanzia della concorrenza spingersi oltre, arrivando anche a dire quali modelli eccezionali ed in ogni caso non concorrenziali (dato che si è accertata l'impossibilità di ricorrere al mercato) gli enti locali debbano scegliere per gestire

il servizio: appare, cioè, sicuramente illegittimo vincolare la forma di gestione ove si riconosca che non vi è obbligo di ricorrere al mercato.

È, quindi, evidente che lo Stato, attraverso tale disciplina, nella misura in cui è intervenuto per ragioni non riconducibili alla tutela della concorrenza, ma attinenti, piuttosto all'efficienza del servizio, imponendo una scelta obbligatoria della forma di gestione alternativa (precludendo ad esempio, la gestione diretta) in ambiti non concorrenziali, è andato ben oltre il titolo della propria competenza esclusiva, e cioè in violazione dell'art.117, comma 2, ed ha invaso ambiti di pertinenza delle scelte regionali/locali, in violazione dell'art.117, comma 4, nonché dell'art.114, violando l'autonomia organizzativa degli enti locali, quanto al miglior soddisfacimento dei servizi di propria titolarità e dell'art.118 cost. quanto al principio di sussidiarietà, che vede nel sistema regionale-locale, in base a quanto stabilito dallo stesso legislatore statale per la gran parte dei servizi pubblici locali, il livello di allocazione delle scelte di organizzazione e gestione dei servizi da rendere a favore delle comunità di riferimento.

La disposizione statale, dunque, dovrebbe limitarsi a disporre che nel caso considerato l'affidamento può avvenire secondo le modalità di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali titolari del servizio».

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

2. Illegittimità costituzionale dell'art.15, comma 1 lett.c), che introduce il comma 4-bis nell'art 23-bis del d.l. n. 112/2008, per violazione dell'art. 117 comma 6 Cost.

La lett. c), comma 1, dell'art. 15 del d.l. n. 135/2009, introduce nell'art. 23-bis, del d.l. n. 112/2008, un comma 4-bis, il quale dispone che «i regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4».

In altri termini, la disposizione in questione affida al regolamento governativo il compito di individuare una soglia oltre la quale l'affidamento di un servizio pubblico locale in forma derogatoria (ossia a società in house), per assenza in concreto di un mercato di riferimento, deve essere assoggettato alla funzione consultiva e di verifica svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La ricorrente Regione non contesta - ovviamente - la circostanza che una volta stabilito (legittimamente o meno) di consentire alle amministrazioni locali la gestione autonoma del proprio servizio solo in circostanze particolari, ed una volta introdotto un parere dell'autorità antitrust per la verifica dell'esistenza di tali circostanze, vi sia una soglia al di sotto della quale tale parere non è richiesto.

La Regione ritiene tuttavia che le determinazioni relative a tale soglia non possano che essere assunte in sede regionale, entro limiti fissati direttamente dalla legge statale, trattandosi di determinare un livello di efficienza del servizio, che solo a livello regionale può essere concretamente e correttamente apprezzato. E che risulti invece illegittimo spostare sulla fonte regolamentare parte di tale disciplina, alla luce della disposizione di cui all'art.117, comma 6 cost. e dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, che consente al Governo di intervenire con fonti secondarie solo in materie di esclusiva competenza statale. In sostanza, si contesta in radice che lo Stato possa arbitrariamente individuare una soglia oltre la quale l'affidamento del servizio assuma rilevanza rispetto alle regole di concorrenza che presidono il mercato e che per questo

solo motivo debba essere oggetto del parere di cui al comma 4. Invero, la stessa modalita' derogatoria delineata dal comma 3, in base alla disciplina comunitaria esorbita dalla applicazione delle regole della concorrenza (autoproduzione), sicche' non risponde ad alcuna logica affermare che la rilevanza o meno dell'affidamento dipenda da un valore economico. E comunque, come si e' piu' sopra rilevato, non spetta allo Stato stabilirlo.

Per quanto possa rilevare, puo' essere osservato che tale soglia e' stata fissata, stando allo schema di regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri in data 17 dicembre 2009, nel valore economico del servizio oggetto dell'affidamento superiore a 200.000,00 €, (mentre e' comunque richiesto il parere a prescindere dal valore economico del servizio qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 abitanti).

Ad avviso della ricorrente Regione, la soglia in tal modo stabilita non e' suscettibile di rappresentare alcun livello di efficienza del servizio, ne' appare uno strumento in grado di fissare la appropriatezza, la qualita', il controllo e il rispetto dei parametri della concorrenza e, quindi, il grado di concorrenzialita'. La soglia suddetta e' espressione di un apprezzamento ex ante del tutto forfettario, che invade ambiti di valutazione che debbono necessariamente essere rimessi alle competenze regionali, uniche realta' capaci di effettuare una siffatta ricognizione delle situazioni locali, che risponda ad elementi concreti, parametrati sulle singole realta', e non su un criterio stabilito a priori in maniera del tutto astratta ed apodittica.

200.000,00 € e' pochissimo per alcuni mercati e tanto per altri. Alcuni affidamenti, poi - ci si riferisce a quelli affidati per vent'anni, che non sono infrequenti - non sono valutabili in tali termini (200.000,00 annuali o in valore assoluto?).

Vi saranno, cosi', affidamenti di servizi dello stesso tipo che, se tenuti al di sotto della soglia indicata dal regolamento governativo, non dovranno essere verificati dall'Autorita' antitrust. In pratica, gli enti locali, accertata in concreto l'assenza di un mercato di riferimento, se riusciranno a contenere l'affidamento al di sotto della soglia regolamentare, potranno tranquillamente evitare la gara e gestire in house il servizio, senza che nessuna autorita' tecnica possa valutare la sussistenza dei requisiti legittimanti la deroga. La conseguenza in questo caso e' paradossale: il quadro ordinamentale e' composto dalla disciplina del legislatore statale, dall'intervento regolativo del Governo e dall'autonomia organizzativa dell'ente locale, tre soggetti che intervengono sui servizi pubblici locali, mentre e' del tutto assente qualsivoglia ruolo della Regione, pur trattandosi di gestione di servizi locali la cui concorrenzialita' manchi quantomeno in concreto, e cioe' di un ambito in cui vi e' competenza legislativa esclusiva regionale, uno spazio del quale la Regione rivendica competenza piena e non solo integrativa di quella statale.

3. Illegittimita' costituzionale dell'art.15 comma 1 lett.d), che ha sostituito i commi 8 e 9 dell'art. 23-bis prevedendo un regime transitorio per gli affidamenti in atto dei SPL di rilievo economico, per violazione degli art.114, 118, 117 commi 1, 2 e 4 e 119 Cost., nonche' del principio di tutela dell'affidamento connesso alla responsabilita' regionale.

La lettera d) del c. 1 dell'art. 15, sostituendo il comma 8 dell'art. 23-bis, introduce un regime transitorio per gli affidamenti in atto dei servizi pubblici locali di rilievo economico. Ad avviso della Regione, la disposizione risulta incostituzionale sotto diversi profili.

a. quanto al comma 8, lettera a), come sostituito. Tale disposizione stabilisce che «il regime transitorio degli affidamenti

non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 e' il seguente: a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberare da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalita' di cui alla lettera b) del comma 2».

Qui la legge anticipa la conclusione del rapporto contrattuale, ma solo per alcune gestioni, colpendo, in particolare, le imprese pubbliche o semi pubbliche, le quali hanno ricevuto l'affidamento nel rispetto della legislazione precedentemente vigente e comunque conformemente ai principi comunitari.

Questa e' solo apparentemente una norma a favore della concorrenza; in realta' essa introduce disposizioni piu' rigide della normativa comunitaria di cui si afferma l'attuazione, incidendo direttamente su profili di efficienza del servizio - poiche' non par dubbio che la cessazione anticipata del rapporto contrattuale si rifletta sugli investimenti programmati nel lasso di tempo di durata del rapporto e riguardi, quindi, direttamente l'efficienza e la qualita' del servizio - intervenendo pregiudizialmente in un ambito rispetto al quale la Regione ha sempre avuto un ruolo fondamentale.

Al di la' della violazione del principio di uguaglianza e di liberta' di iniziativa economica, che riguarda piu' propriamente gli operatori economici che hanno fatto affidamento su una certa durata della gestione del servizio affidato, cio' che rileva in questa sede per la Regione ricorrente e' la circostanza che tale disposizione incide sull'assetto di sistema regionale degli affidamenti, ledendo il ruolo della Regione, anche di tipo legislativo, nel definire la durata degli affidamenti medesimi.

Occorre ricordare, infatti, che gia' con la prima legge regionale sul servizio idrico integrato, la n. 25/1999, emanata in attuazione della legge Galli n. 36/1994 e contenente anche norme sul servizio rifiuti, in attuazione del d.lgs n. 22/1997, la Regione Emilia Romagna, nell'esercizio del potere di regolazione ed organizzazione delle funzioni amministrative relative ai predetti servizi, aveva previsto la stessa durata del regime transitorio e degli affidamenti. Questa era fissata in relazione alla suscettivita' dei soggetti affidatari di esprimere un livello adeguato, «industriale», in termini di efficienza, efficacia ed economicita', di effettuazione del servizio, secondo parametri di valutazione del livello di adeguatezza che comportava la salvaguardia delle gestioni in essere da parte delle Autorita' d'ambito. Si consentivano cosi' durate piu' o meno lunghe degli affidamenti in relazione al possesso di tali requisiti di efficienza, efficacia ed economicita', in relazione alla legittimita' degli affidamenti in essere rispetto alla normativa comunitaria, e alla maggiore o minore dimensione degli ambiti serviti. Tale durata la Regione ha fissato - conformemente alla normativa comunitaria, al dicembre 2011, consentendo un anno in piu' rispetto alla scadenza ora fissata dalla normativa statale (2010); ma anche un anno di differenza comporta conseguenze rilevanti sotto il profilo organizzativo delle gare, dei bandi e quant'altro necessario per avviare i nuovi affidamenti. La Regione ha in tal modo svolto un ruolo attivo nella costruzione di un sistema industriale di effettuazione dei piu' importanti fra i servizi pubblici locali, quale il servizio idrico integrato e il servizio rifiuti, assumendo una funzione di coordinamento degli enti locali e delle Autorita' d'ambito nel frattempo dalla stessa legge regionale istituite, funzione che essa intende mantenere e continuare ad espletare.

E' del tutto evidente che su tale assetto incide gravemente e

rigidamente la disposizione statale sopra menzionata, laddove si mette nel nulla, mediante l'automatica e unilaterale cessazione dei rapporti in corso ad una data molto ravvicinata, una scelta organizzativa posta in essere correttamente sulla base del diritto vigente e in conformita' alla disciplina comunitaria; ad esse sono poi seguite le scelte che le imprese (pubbliche o semi pubbliche che siano) hanno a loro volta effettuato, proprio facendo affidamento su quel quadro ordinamentale di riferimento, come regolato dalla Regione. Sotto tale profilo e', quindi, evidente la violazione delle disciplina legislativa legittimamente stabilita dalla Regione in base ai suoi livelli di competenza (violazione dell'art.117 comma 4) e della responsabilita' della Regione nei confronti del variegato panorama delle societa' pubbliche o semi pubbliche affidatane dei servizi pubblici, che a tale assetto si sono correttamente attenute.

b. Sotto un secondo profilo, la disposizione impugnata e' costituzionalmente illegittima per contrasto con il diritto comunitario, con conseguente violazione dell'art.117, comma 1: non si comprende, infatti, perche' alcune gestioni, che la stessa disposizione definisce «affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house», debbano necessariamente terminare entro il 31 dicembre 2011, a meno che non si trasformino in affidamenti a societa' mista, laddove le Amministrazioni (e loro societa' in house) debbono necessariamente cedere almeno il 40% del proprio capitale. Si ricordi che nel diritto comunitario il modello organizzativo dell'autoproduzione dei servizi attraverso affidamenti in house e' stato ritenuto in linea con i principi del Trattato, tra cui, come noto, vi e' quello della tutela e promozione della concorrenza. Ed infatti, a cominciare dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunita' Europee, sentenza Teckal, del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, alla Stadt Halle, dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/3, fino alla piu' recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, il diritto delle Amministrazioni di erogare in proprio il servizio a favore delle proprie comunita' locali non solo non e' precluso dalle regole sulla concorrenza, ma e' espressamente affermato e riconosciuto dalla Comunita' Europea. Diviene, pertanto, evidente la profonda contraddizione che caratterizza la disposizione statale impugnata: si sacrifica, in nome della tutela della concorrenza, una formula organizzativa che e' stata istituita secondo modelli ritenuti compatibili con tale esigenza di tutela. D'altronde, secondo il diritto comunitario il fenomeno dell'autoproduzione e' estraneo alla materia della concorrenza ed alternativo rispetto all'esternalizzazione, con l'effetto che solo in questo secondo caso e' necessario rispettare le regole poste a tutela della concorrenza. La scelta organizzativa fra le due opzioni e' demandata in via esclusiva all'ente locale titolare delle funzioni. Il legislatore statale non puo' ingerirsi in tale scelta imponendo una delle due opzioni all'ente in quanto, procedendo in tal modo, esorbita dalla propria potesta' legislativa in materia di tutela della concorrenza.

e. per contrasto con i criteri di distribuzione della competenza legislativa tra Stato e Regioni e per ingiustificato e travisato esercizio del titolo di competenza statale attinente alla «tutela della concorrenza», con violazione, quindi, dell'art. 117 commi 2 e 4 Cost.: e' vero che spetta allo Stato la disciplina di determinanti aspetti dei servizi pubblici locali di rilievo economico in virtu' del titolo competenziale «tutela della concorrenza», tuttavia, tale disciplina non puo' essere cosi' dettagliata da essere auto-applicativa ed escludere qualsiasi successivo intervento regionale e locale. Codesta Ecc.ma Corte costituzionale, infatti, nella richiamata sentenza n. 272/2004 ha precisato che «il criterio della proporzionalita' e dell'adeguatezza appare quindi essenziale

per definire l'ambito di operativita' della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» e conseguentemente la legittimita' dei relativi interventi statali. Trattandosi, infatti, di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per cosi' dire, «trasversale» (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiche' si intreccia inestricabilmente con una pluralita' di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, e' evidente la necessita' di basarsi sul criterio di proporzionalita'-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Nella disposizione qui in contestazione in piu' occasioni si entra nel dettaglio, senza che tale scelta risulti funzionale ad una maggiore promozione della concorrenza nel settore. Come si e' piu' sopra rilevato, si stabilisce che per evitare la cessazione anticipata del contratto di servizio con le societa' in house, le Amministrazioni locali di controllo debbano cedere almeno il 40% del capitale ad un socio, attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica, che abbiano anche ad oggetto, «allo stesso tempo, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi». La disposizione fissa condizioni di privatizzazione molto rigide, che riducono il campo di azione di un eventuale legislatore regionale ed il potere di scelta degli enti locali: procedura di evidenza pubblica, almeno il 40% del capitale, attribuzione di specifici compiti operativi al socio selezionato. Cio', pero', non sempre assicura la promozione e la tutela della concorrenza. Infatti, i privati potrebbero non avere interesse ad acquistare, a volte con un notevole impegno economico, un pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%), ma che difficilmente garantirebbe loro il controllo sulla societa', e avere in cambio solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio). Al contrario, in alcuni casi la situazione gestionale di fatto potrebbe essere piu' consona ad una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attivita'.

Tali profili di incostituzionalita' sono particolarmente evidenti anche con riferimento alla lettera d) del comma 8 del 23-bis, come sostituito dall'art.15, che qui parimenti specificamente si impugna. Con tale disposizione e' imposta alle societa' a partecipazione pubblica gia' quotate in borsa alla data del 1° ottobre 2003, e a quelle da esse controllate, l'obbligatorieta' della cessione del 40% entro il 30 giugno 2013 e del 30% entro il 31 dicembre 2015, come condizione per poter continuare negli affidamenti diretti fino alla scadenza del contratto di servizio.

Anche qui si assiste ad una forzata «privatizzazione», posta del tutto impropriamente come condizione per attuare la concorrenza, ma che nulla ha a che fare con la concorrenza e che stravolge la governance pubblica esistente. Lo Stato ha deciso unilateralmente come deve essere l'assetto di autonomia finanziaria e legislativa delle comunita' regionali-locali, depositarie della titolarita' dei servizi pubblici locali, passando sopra alle loro scelte, contro i principi del federalismo fiscale. Questa non e' concorrenza. In sostanza, lo Stato dice: se ti apri al mercato puoi continuare a gestire con gli affidamenti in essere. Allora si ammette che tali affidamenti sono legittimi; allora la condizione che il legislatore statale pone e' una condizione di politica istituzionale (che

meritava ben altra valutazione e condivisione con i livelli regionali-locali), ma non di concorrenza. Come si e' gia' evidenziato nella premessa di inquadramento del problema posto dalla riforma da ultimo attuata, la «privatizzazione» del capitale sociale delle societa' in house non ha alcun riflesso sulla tutela della concorrenza, provocando in realta' unicamente una svendita delle risorse pubbliche, perche' non cambia il monopolio da parte dell'operatore (societa' privatizzata), ma solo la titolarita' delle sue azioni, delle quali il 30% o il 40% del capitale pubblico deve essere ceduto. Il che, ovviamente, produrra' un danno economico alle Societa' quotate, in evidente contraddizione con la tutela della concorrenza.

d) per contrasto con il principio di pluralismo paritario istituzionale, in violazione degli artt. 114 e 118 Cost: la nuova disciplina, come si e' visto, e' cosi' rigida da annullare qualsiasi autonomia esercitabile in materia, a cominciare dall'autonomia organizzativa spettante agli enti locali, i quali comunque sono i titolari di tali attivita', sia pur affidati alla gestione di imprese esterne. Viene violato, cosi', il principio fondamentale di sussidiarieta', che richiede appunto una valutazione in concreto della situazione locale (che puo' enormemente variare da un ambito ottimale all'altro), anche per verificare le specifiche condizioni di mercato in cui si svolge il servizio e in cui si «privatizza» il patrimonio pubblico.

e) per violazione dell'art.119 u.c. cost. secondo cui «i Comuni, le Province le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato». La norma sopra censurata impone, infatti, alle Amministrazioni pubbliche di liberarsi di una quota del proprio patrimonio societario a prescindere dalla convenienza economica dell'operazione, e quindi dalla considerazione in concreto del tempo, delle modalita', della quantita', valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici. Per come e' strutturata la norma non c'e' alcuna possibilita' di realizzare un ritorno economico che equilibri il depauperamento, obbligato per legge, del patrimonio della collettivita', e si determina un indebolimento finanziario della governance pubblica senza adeguata giustificazione e idonee contromisure, con evidente violazione della norma costituzionale sull'autonomia finanziaria di Regioni e Comuni che, per tali finalita' costituzionalmente riconosciute, ha espressamente ad essi attribuito un proprio patrimonio, il quale non puo' essere inciso per finalita' contrastanti con la sua stessa conservazione ed ottimale gestione. Per non dire, poi, delle conseguenze che puo' comportare sul valore delle azioni di una societa' quotata in borsa, la vendita massiccia e obbligatoria della propria quota azionaria.

Quanto al comma 9 dell'art. 23-bis, come sostituito. La disposizione stabilisce che «le societa', le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtu' di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonche' i soggetti cui e' affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attivita' di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attivita' per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre societa' che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si

applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti».

Come si può notare, anche tale disposizione, che attiene ai limiti e divieti in ordine all'ambito di operatività riservato ai soggetti titolari di affidamenti diretti e agli altri soggetti che a questi ultimi siano collegati, è in contrasto con i principi del diritto comunitario, appare irragionevole e non conforme al principio di proporzionalità fra i contenuti preclusivi della norma e le finalità di tutela della concorrenza perseguite.

Innanzitutto, il profilo della contrasto con l'ordinamento comunitario. Per tale ordinamento, e come più volte ricordato dalla Corte di giustizia CE a proposito delle società in house, una società a partecipazione pubblica, assoggettata al controllo analogo dei soci, titolare di un affidamento diretto, è tenuta a svolgere a favore degli enti di riferimento solo l'attività prevalente, ben potendo destinare l'attività residua anche al mercato. Nella prospettiva del comma dell'art. 23-bis, così come riformato, l'affidamento diretto di un servizio determina una impossibilità per la società destinataria di svolgere qualsiasi attività al di fuori del c.d. mercato domestico. In altri termini, la norma in questione trasforma il concetto di «prevalenza» dell'attività in «attività esclusiva», costringendo il soggetto titolare dell'affidamento diretto (non solo in house provider) a svolgere la propria attività esclusivamente nei confronti degli enti affidanti. Del resto, già questa Corte costituzionale, con la sentenza n. 439/2008, nel declinare il concetto di attività «prevalente» in termini quantitativi e qualitativi, ha implicitamente riconosciuto che il concessionario diretto affidatario di servizi pubblici locali possa svolgere una parte della propria attività, seppure marginale, in mercati diversi da quello del servizio gestito.

In secondo luogo, la disposizione appare irragionevole ed il regime limitativo che introduce per determinate categorie di imprese poco proporzionale agli scopi di tutela della concorrenza prefissati. È irragionevole estendere le conseguenze limitative degli affidamenti diretti anche alle società miste costituite ai sensi del comma 2, lett. b), art. 23-bis, considerato che, per volontà dello stesso legislatore, tale modello di gestione è stato equiparato a quello dell'esternalizzazione, nella comune categoria delle formule ordinarie di organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico.

Non vi è, poi, ragionevole ragione nella scelta legislativa di escludere da tale regime limitativo, invece, le società quotate e di prevedere una specie di moratoria con riferimento alla partecipazione alle cc.dd. prime gare: anche le società quotate sono destinatarie di affidamenti diretti e la tutela della concorrenza deve valere sempre e non «congelarla» nella fase di avvio della riforma.

Ma ancora più grave, sotto il profilo della mancanza di ragionevolezza e proporzionalità nella previsione del comma 9, è la circostanza che detta norma riguardi non solo il gestore affidatario diretto, rispetto alla cui posizione potrebbero configurarsi potenziali rischi di distorsione della concorrenza, ma anche i soggetti societari ad esso collegati e da esso controllati, i quali conservano in ogni caso una loro autonomia soggettiva e ben potrebbero operare in altri mercati. In pratica, il legislatore ha collegato all'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dagli enti pubblici una conseguente incapacità di agire

al di fuori dei confini territoriali e funzionali determinati dallo stesso affidamento, la quale e' destinata a colpire non solo la societa' incaricata del servizio, ma, come se fosse un virus, ad infettare altre possibili societa' che per controllo o per collegamento siano riconducibili al gestore.

Obiettivamente la portata della disposizione appare un po'eccessiva e non proporzionata alla tutela della concorrenza: primo, perche', un vincolo di azione ad una societa' non e' di per se stesso elemento atto a garantire la concorrenza; secondo, perche' vale solo per le imprese pubbliche o semi-pubbliche, ma non per quelle private, ben potendosi verificare in concreto affidamenti di servizi a privati non preceduti da gara (come dimostra l'esperienza, giustificabili per ragioni di emergenza, ad esempio, nel campo dei servizi ambientali).

Sicche' la norma in questione, nella sua correlazione con il periodo transitorio introdotto dal comma 8 (come sostituito) contribuisce ad ingessare ancora di piu' il sistema di gestione regionale-locale dei servizi pubblici, con evidente compressione della autonomia legislativa ed organizzativa degli enti titolari dei servizi, senza che cio' sia giustificato in termini di proporzionalita' rispetto alle finalita' di tutela della concorrenza pretesamente perseguite, con la conseguenza che anche tale disposizione e' passibile delle medesime censure di incostituzionalita' evidenziate in epigrafe.

4. Illegittimita' costituzionale dell'art 15 comma 1, lettere e) f) g) in relazione al comma 10 dell'art 23-bis del d.l. n. 112/2008 per violazione dell'art. 117 commi 2 e 4.

Le lettere e), f) e g) dell'articolo della riforma del 2009 qui analizzato rivedono il comma 10 dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008. Si tratta del comma che sposta su un regolamento governativo gran parte della portata della riforma dei servizi pubblici locali di tipo economico, in quanto e' all'intervento del governo che si chiede di specificare in dettaglio molti degli aspetti della nuova disciplina introdotta.

Mentre le lettere f) e g) contengono ritocchi al regime del rinvio operato dal legislatore ad apposito regolamento governativo, la lettera e), invece, sposta il termine per l'adozione del regolamento al 31 dicembre 2009.

Si possono ricordare i dubbi gia' sopra espressi a proposito della scelta del legislatore di affidare ad un regolamento governativo un settore la cui disciplina, se gia' contenuta in una fonte primaria, deve limitarsi a disposizioni proporzionate ed adeguate in un ottica di funzionalita' della tutela della concorrenza. I rischi, poi, di invadere campi rispetto ai quali la competenza legislativa delle Regioni e' certa sono evidenti, come, ad esempio, risulta eclatante la previsione secondo cui il regolamento dovra' occuparsi anche di come i «comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata». «Invero, il comma 10 dell'art. 23-bis e' gia' stato impugnato dalla Regione Emilia Romagna con il ricorso promosso avverso varie disposizioni del d.l. n. 112/2008, (R.G. n. 69/08) evidenziandosi in quella sede come i temi del regolamento nelle diverse lettere da a) ad l) siano inestricabilmente intrecciati con le materie di potesta' concorrente (come il coordinamento della finanza pubblica) di cui alla lettera a), o esclusiva delle Regioni (come nel caso della gestione associata dei servizi locali, oggetto della lettera c) ovvero come nel caso della lettera h) che, nel prevedere come rientrante nella disciplina degli affidamenti intesa come materia «esclusiva» statale, in quanto dettata per finalita' di concorrenza, forme di «ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente

proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti», tocca, in realta', un tema delicatissimo, che riguarda il patrimonio delle reti e degli impianti pubblici e che puo' comportare, se non rispondente alle esigenze, come apprezzate e valutate dalle Amministrazioni proprietarie delle reti e degli impianti, ad un inevitabile depauperamento dei patrimoni comunali.

P. Q. M.

Voglia l'Ecc.ma Corte costituzionale adita dichiarare l'illegittimita' costituzionale dell'art.15 comma 1, lett. b), c), d), e), f, g) del d.l. n. 135/2009, come convertito con modificazioni con la Legge 20 novembre 2009 n. 166, per violazione degli artt.117, comma 1, 2, 4, 6; 114; 118 e 119 cost. nei termini e sotto i profili esposti nel presente ricorso.

Bologna-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Mastroagostino

Avv. Falcon

Avv. Manzi

REGIONE UMBRIA

N. 14 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 .

(GU n. 10 del 10-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Umbria).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza, e, in subordine, limitazione della potestà regionale attraverso norme di dettaglio - Ricorso della Regione Umbria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario, lesione dell'autonomia finanziaria degli enti locali.

Norme Impugnate

	Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
legge 20/11/2009	166			modificative dell'
decreto legge 25/06/2008	112	23	2	
decreto legge 25/06/2008	112	23	3	
decreto legge 25/06/2008	112	23	4	
decreto legge 25/06/2008	112	23	8	convertito con modificazioni
legge 06/08/2008	133			

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione	117		1	
Costituzione	117		2	
Costituzione	117		4	
Costituzione	118		1	
Costituzione	118		2	
Costituzione	119			
legge 30/12/1989	439			

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 21 gennaio 2010 , n. 14

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 28 gennaio 2010 (della Regione Umbria) .

- Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, preclusione dello svolgimento delle funzioni fondamentali degli enti locali, indebita privatizzazione delle risorse pubbliche erroneamente fondata sul principio della tutela della concorrenza, e, in subordine, limitazione della potesta' regionale attraverso norme di dettaglio - Ricorso della Regione Umbria - Denunciata violazione della competenza legislativa e amministrativa regionale nelle materie residuali dei servizi pubblici locali e dell'organizzazione degli enti locali, violazione dei principi di sussidiarieta' e proporzionalita', esorbitanza dalla competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, contrasto con il diritto comunitario, lesione dell'autonomia finanziaria degli enti locali.
- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b) e d), modificative, rispettivamente, dei commi 2, 3, 4 e 8 dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.
 - Costituzione, artt. 117, primo, secondo e quarto comma, 118, primo e secondo comma, e 119; Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985, artt. 3 e 4; legge 30 dicembre 1989, n. 439; legge della Regione Umbria 5 dicembre 1997, n. 43, art. 8.

Ricorso della Regione Umbria in persona del Presidente della Regione pro tempore, autorizzato con deliberazione della Giunta regionale gennaio n. 32 del 19 gennaio 2010 (doc. 1), rappresentata e difesa, come da procura a margine del presente atto, dall'avv. prof. Giandomenico Falcon di Padova e dall'avv. Luigi Manzi di Roma, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Luigi Manzi, in via Confalonieri, n. 5, contro il Presidente del Consiglio dei ministri per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b) e lett. d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre 2009 - Supplemento Ordinario n. 215, per violazione:

dell'art. 117, primo, secondo e quarto comma, della Costituzione;

dell'art. 118, primo e secondo comma, della Costituzione;

dell'art. 119 della Costituzione, nei modi e per i profili di seguito illustrati.

F a t t o

La Regione Umbria e' dotata di potesta' legislativa piena in materia di servizi pubblici locali (v., ad es., sent. Corte cost. 29/2006) e di organizzazione degli enti locali (salvi i profili di cui all'art. 117, comma 2, lett. p), ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.

In base all'art. 8, co. 2, l.r. 43/1997, «le funzioni di competenza dell'Autorita' di ambito attengono in particolare: a) alla scelta delle modalita' di affidamento ad un unico gestore per ogni ambito del servizio idrico integrato, secondo quanto previsto nella convenzione tipo di cui all'articolo 11 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, dall'articolo 22, comma 3, lettere b), c) ed e) della legge 8 giugno 1990, n. 142 e dall'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e successive modificazioni».

Il d.l. 135/2009, convertito nella l. 166/2009, e' intitolato Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, ma, mentre pressoché tutti gli altri articoli del decreto citano con precisione le fonti comunitarie o le sentenze della Corte di giustizia di cui rappresentano attuazione (o le procedure di infrazione cui si vuole porre rimedio), l'art. 15 del decreto, pur essendo intitolato Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non cita mai atti comunitari.

Ed in effetti, esso non e' affatto imposto da esigenze di adeguamento alla normativa comunitaria ma e' frutto di una scelta meramente statale volta ad imporre la procedura competitiva di affidamento del servizio come procedura ordinaria e l'affidamento in house come procedura eccezionale.

Tutt'al contrario, invece, il diritto comunitario - pur incentrato sulla tutela della concorrenza come metodo per garantire la pari opportunita' di accesso al mercato delle commesse pubbliche per tutti gli operatori europei - ammette pienamente il diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici autoproducendoli corrispondentemente alla propria missione.

E' invece soltanto nel momento nel quale un'autorita' pubblica scelga di esternalizzare il servizio che il procedimento di affidamento deve rispettare i principi di non discriminazione, trasparenza, parita' di trattamento, libera circolazione di persone e imprese ed in particolare la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici.

Inoltre, in assenza di una specifica regolamentazione comunitaria di settore (direttiva e regolamento), la scelta della piu' idonea forma di gestione del servizio pubblico spetta agli Stati-membri nel rispetto del riparto interno delle competenze.

L'art. 15 modifica l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, il quale e' stato a sua volta gia' impugnato da questa Regione con ricorso n. 72/2008, tuttora pendente.

Anche l'art. 15 risulta lesivo delle competenze costituzionali della Regione nelle materie dei servizi pubblici e dell'organizzazione degli enti locali, in quanto conferma l'impianto dell'art. 23-bis, coartando il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio idrico a favore della propria comunita'.

Di seguito si illustreranno con precisione le norme impuginate ed i motivi del ricorso. Qui resta solo da aggiungere che l'art. 15 d.l. 135/2009 e' impugnabile anche nelle parti in cui sia confermativo dell'art. 23-bis d.l. 112/2008, in base alla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale gli atti legislativi sono sempre impugnabili anche se apparentemente «confermativi», perche' dotati sempre, per propria natura intrinseca, del carattere

della novita' (v., ad es., sentt. n. 30 e 44/1957, 47 e 63/1959, 3/1964, 19/1970, 171/1971, 49/1987, 1035/1988, 381/1990, 224/1994).

Si puo' anche ricordare la recente sent. 328/2009, in base alla quale «l'esistenza di una preesistente normativa non costituirebbe motivo di preclusione alla impugnazione di altra sopravveniente disciplina che, novando il quadro normativo, andasse a regolare la medesima materia» (punto 3.3 del Diritto).

D i r i t t o

1) Illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b).

Il comma 2 dell'art. 23-bis d.l.112/2008, come sostituito dall'art. 15, co. 1, lett. b), d.l. 135/2009, prevede che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria», a favore di terzi «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica», oppure a «societa' a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Il comma 3 dispone che, «in deroga alle modalita' di affidamento ordinario, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Infine, il comma 4 statuisce che, «nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»; decorso il termine, «il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole».

Dunque, tali norme escludono il diritto dell'ente pubblico di gestire direttamente il servizio idrico (in proprio o tramite azienda speciale) e pongono pesanti limiti sostanziali (comma 3) e procedurali (comma 4) al diritto di erogarlo tramite societa' pubblica in house.

E' chiara la drastica compressione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), dato che le possibili scelte della Regione sulla forma di gestione del servizio vengono limitate a due possibilita', mentre la gestione diretta viene esclusa e quella tramite societa' in house limitata a casi eccezionali.

Ne' le norme impugnate possono essere giustificate in virtu' della competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione («tutela della concorrenza»). L'art. 23-bis e' dedicato alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Conviene ricordare che i servizi pubblici, in quanto tali, non ricadono in alcuna potesta' legislativa statale, ma che lo Stato puo' intervenire in essa, come codesta ecc.ma Corte costituzionale ha stabilito con la sentenza n. 272 del 2004, a titolo di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. e) della

Costituzione, e che pertanto non sono censurabili tutte quelle norme «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la piu' ampia liberta' di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalita' di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono piu' meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali» (punto 3 in diritto).

La presente impugnazione non intende mettere in discussione questo principio. Tuttavia, le impuginate disposizioni dell'art. 23-bis, commi secondo e terzo, riguardano non la tutela della concorrenza, ma piu' precisamente il diritto dell'ente territoriale responsabile di erogare in proprio il servizio pubblico a favore della propria comunita'.

Occorre ricordare che tale diritto non solo non e' precluso dalle regole di tutela della concorrenza, ma e' espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunita' europee, espressa in modo chiaro e lineare nella decisione Stadt Halle (sentenza dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03).

Al punto 48 di tale decisione e' chiaramente stabilito che «un'autorita' pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilita' di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entita' esterne non appartenenti ai propri servizi», e che, «in tal caso, non si puo' parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entita' giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».

Ha inoltre precisato, al punto 49, che, «in conformita' della giurisprudenza della Corte, non e' escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non e' obbligatorio ancorche' la controparte contrattuale sia un'entita' giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «cio' si verifica nel caso in cui l'autorita' pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entita' distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entita' realizzi la parte piu' importante della propria attivita' con l'autorita' o le autorita' pubbliche che la controllano».

Tale giurisprudenza della Corte di giustizia e' sempre rimasta ferma e costante, dalla Teckal, (18 novembre 1999, in causa C-107/98) alla recente sentenza Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (6 aprile 2006, in causa C410/04).

Ora, questo diritto delle amministrazioni, che non mette in discussione la tutela della concorrenza ed e' pienamente riconosciuto dalla Corte di giustizia, e' invece negato dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis qui impugnato.

Ad avviso della Regione Umbria, tale limitazione della capacita' delle amministrazioni regionali e locali di gestire in proprio i servizi pubblici risulta costituzionalmente illegittima e lesiva della potesta' legislativa regionale nella materia.

In effetti, un problema di tutela della concorrenza puo' iniziare solo dopo che e' stata presa la decisione di gestire il servizio attraverso il mercato, anziche' in proprio. Al contrario, la decisione di mantenere il servizio nell'ambito della propria organizzazione diretta, o della propria organizzazione in house, non restringe e non altera in alcun modo la concorrenza.

Nel quadro della gestione in proprio, invece, abbiamo semplicemente lo svolgimento dell'attivita' amministrativa da parte dell'ente responsabile davanti alla propria comunita'.

Naturalmente, le regole di concorrenza riprenderanno pienamente

il loro vigore ogni volta che l'amministrazione responsabile del servizio si debba rivolgere al mercato per l'acquisto di beni o servizi: ma essa non può invece essere costretta ad affidare il servizio in quanto tale ad entità esterne, con le quali essa non ha un rapporto di pieno controllo ma esclusivamente un vincolo contrattuale.

Le disposizioni dei commi 2, 3 e 4 risultano dunque illegittime in quanto, in violazione dell'art. 117, comma 4, limitano la potestà legislativa regionale di disciplinare il normale svolgimento del servizio pubblico da parte dell'ente, sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (le «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato» per l'espressione di un parere).

Si noti che sin dalla sentenza n. 14 del 2004 codesta ecc.ma Corte ha affermato che «dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario» (punto 4 in diritto).

Così dunque come l'ordinamento comunitario - che pure ha nella tutela della concorrenza un valore essenziale - rispetta tuttavia il diritto delle amministrazioni di erogare da sé il servizio, lo stesso principio non può non valere in diritto interno, ove la tutela della concorrenza costituisce semplicemente il limite esterno della competenza regionale e locale in relazione ai servizi pubblici ad essi spettanti.

Ad integrazione di tali considerazioni sia consentito di rinviare anche a quelle svolte nel punto 3 del presente ricorso, ove è argomentata la distinzione tra tutela della concorrenza e privatizzazione delle risorse pubbliche.

Per quanto riguarda altri titoli di competenza statale eventualmente immaginabili (l'art. 23-bis, comma 1, richiama espressamente l'art. 117, comma 2, lett. m), si può ricordare che la sent. 272/2004 ha avuto pure ad oggetto norme relative alle forme di gestione dei servizi pubblici e codesta Corte ha Osservato che «la disciplina in esame non appare riferibile alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali» (punto 3 del Diritto).

In effetti, non si vede in quale modo il divieto di gestione diretta del servizio e la forte limitazione della gestione in house potrebbero favorire il perseguimento dello scopo «di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti» (art. 23-bis, comma 1): anzi, sembra logico pensare che tali obiettivi possano essere meglio raggiunti con le forme di gestione appena citate.

Per quanto riguarda l'art. 117, comma 2, lett. p), la non invocabilità di esso in relazione alle modalità di affidamento dei servizi locali è già stata sancita da codesta Corte nelle sentt. 272/2004 e 307/2009, punto 6.1.

Nella sent. 307/2009 si legge anche che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate

quali funzioni fondamentali degli enti locali».

Ora, se il servizio idrico e' una funzione fondamentale dell'ente locale, lo Stato non puo' vietare all'ente di svolgerlo direttamente, costringendolo ad affidarlo a terzi! L'art. 117, co. 2, lett. p) non puo' legittimare lo Stato a negare la possibilita' per l'ente di esercitare la funzione. Puo' essere utile ricordare che l'art. 2, comma 4, l. n. 131/2003 delega il Governo a «individuare le funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e delle Citta' metropolitane in modo da prevedere, anche al fine della tenuta e della coesione dell'ordinamento della Repubblica, per ciascun livello di governo locale, la titolarita' di funzioni connaturate alle caratteristiche proprie di ciascun tipo di ente, essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunita' di riferimento».

Dunque, delle funzioni fondamentali i comuni devono essere titolari e che significato ha la titolarita' se e' preclusa a priori la possibilita' di svolgimento della funzione?

In definitiva, il nuovo art. 23-bis, commi 2 e 3, risulta illegittimo per violazione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali (art. 117, comma 4, Cost.), in quanto impone come regime ordinario il conferimento della gestione del servizio idrico a favore di terzi o a favore di societa' miste, vieta la gestione diretta da parte dell'ente locale (in proprio o tramite azienda speciale) e limita fortemente la gestione in house.

Non si comprende come «servizi di interesse generale» (cosi' lo stesso art. 23-bis, comma 1) non possano essere gestiti direttamente dall'ente pubblico deputato a soddisfare gli interessi generali della propria comunita' (art. 3, comma 2, d. lgs. 267/2000: «Il comune e' l'ente locale che rappresenta la propria comunita', ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo»). Sotto tale aspetto, il nuovo art. 23-bis, commi 2 e 3, viola anche l'art. 118, commi 1 e 2, Cost., perche' - vietando lo svolgimento diretto del servizio idrico - vanifica la norma che assegna, preferibilmente, le funzioni amministrative ai comuni (il servizio idrico virtualmente rimane di spettanza dei comuni ma in concreto viene assegnato ad altri soggetti; inoltre, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioe' la possibilita' di scegliere la forma di gestione piu' adeguata).

Il legislatore statale, male intendendo - ad avviso della Regione - la propria funzione di tutela della concorrenza, ha dunque svuotato il principio di sussidiarieta' di cui all'art. 118, co. 1, Cost., e ha violato anche il comma 2 dell'art. 118 Cost., perche' ha vanificato la norma in base alla quale i comuni «sono titolari di funzioni amministrative proprie» (il servizio idrico, essendo una funzione fondamentale, rientra tra le funzioni «proprie» di cui all'art. 118, comma 2).

Ancora, i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 23-bis violano l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto contrastano con la Carta europea dell'autonomia locale di cui alla l. 439/1989, Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

E' ormai pacifico, dopo le sentt. 348 e 349 del 2007 di codesta Corte, che il senso di tali disposizioni consiste nel rendere i trattati internazionali legittimamente stipulati dall'Italia vincolanti per il legislatore ordinario.

Se e' cosi', pare chiara la contraddizione delle norme impugnite con le disposizioni della Carta. Si considerino, in particolare: l'art. 3, comma 1, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacita' effettiva, per le collettivita' locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro

responsabilita', e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»; l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettivita' locali hanno, nell'ambito della legge, ogni piu' ampia facolta' di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorita'»; l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettivita' locali devono di regola essere complete ed integrali» (enfasi aggiunta).

Una volta che si riconosca, come codesta stessa Corte ha gia' affermato, che per le tradizioni storiche e per l'essenzialita' del servizio per la vita sociale e collettiva, la gestione del servizio idrico e' parte delle funzioni fondamentali dei Comuni, sembra evidente che solo ad essi spetta la decisione sul migliore modo di organizzarlo. La loro autonomia potra' essere limitata sul versante del dimensionamento del servizio per assicurare una distribuzione efficiente, e dunque sulla eventuale necessita' di una gestione associativa della risorsa idrica, ma non si vede come possa risultare legittimo privarli o comunque configurare come eccezionale e soggetta a specifici aggravii procedurali la scelta di assumere essi stessi - conformemente del resto a consolidate tradizioni ed esperienze - la responsabilita' della gestione diretta del servizio.

Ne' varrebbe replicare che le norme impugnate non incidono sulla spettanza delle funzioni ma solo sulle forme di gestione: quando la disciplina delle forme di gestione arriva ad impedire la gestione diretta del servizio idrico, non si puo' negare un'incidenza sulla spettanza concreta della funzione; inoltre, come detto, la norma impugnata toglie ai comuni una parte essenziale della funzione, cioe' la possibilita' di scegliere la forma di gestione piu' adeguata a soddisfare le esigenze della comunita' rappresentata.

Infine, e' da precisare che la Regione e' legittimata a far valere la violazione dell'art. 118, commi 1 e 2, cost. e della Carta europea dell'autonomia locale: sia perche' la lesione delle competenze comunali e' strettamente connessa alla violazione della competenza legislativa regionale in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali (come visto sopra), sia perche', comunque (sia consentito qui citare testualmente le parole di codesta ecc.ma Corte costituzionale), «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale anche per la lesione delle attribuzioni degli enti locali, indipendentemente dalla prospettazione della violazione della competenza legislativa regionale» (sent. 298/2009, punto 7.2; v. anche le sentt. 169/2007, punto 3; 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo art. 23-bis, comma 2, lett. b), nella parte in cui regola in dettaglio l'affidamento del servizio alla societa' mista, imponendo una partecipazione minima del 40% del socio privato e «l'attribuzione [al socio] di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio».

In tal modo il legislatore ha violato il criterio di proporzionalita' che deve guidare l'adozione di norme volte a tutelare la concorrenza (v. la sent. 272/2004), invadendo il campo riservato alla potesta' legislativa regionale in materia di servizi pubblici.

Le norme in questione, infatti, pongono ulteriori vincoli alla potesta' legislativa regionale, senza che essi risultino funzionali ad una maggiore promozione della concorrenza, della quale potrebbero persino risultare piuttosto limitative. Infatti, sono gli stessi privati che potrebbero non avere interesse ad acquistare, un

pacchetto di azioni significativo (almeno il 40%) e presumibilmente di notevole impegno economico (e che tuttavia non garantisce affatto il controllo sulla società), per avere in cambio - in ipotesi - solo singoli e specifici compiti operativi e non l'intera gestione (a volte, unica condizione per poter rientrare degli investimenti fatti per «comprare» la qualifica di socio).

E per altro verso, in senso contrario, in alcuni casi la situazione gestionale concretamente esistente potrebbe rendere preferibile in termini di efficienza una privatizzazione attraverso la selezione di un socio privato mero finanziatore, al quale non affidare alcun compito operativo, ma da coinvolgere solo nel finanziamento della attività'.

La ritenuta illegittimità' dell'imposizione dell'affidamento a privati come forma gestionale ordinaria, e della previsione come eccezionale della gestione mediante la propria organizzazione (in house), comporta logicamente l'illegittimità' dell'art. 23-bis, comma 4, in quanto esso richiede uno speciale parere per l'adozione della gestione diretta del servizio mediante la propria organizzazione o in house.

E' evidente, infatti, che tale parere si può' giustificare soltanto come forma di garanzia della «eccezionalità» della gestione in house e della fondatezza delle specifiche ragioni della scelta, ma che esso non ha più' senso né' ragionevolezza una volta che si riconosca il diritto dell'amministrazione di gestire in proprio il servizio.

Giova infine precisare che la gestione in proprio del servizio non sottrae quote sostanziali di mercato alla concorrenza: è' evidente, infatti, che le regole della gara pubblica torneranno ad applicarsi per i beni, le forniture ed i servizi che l'amministrazione dovrà' procurarsi per l'erogazione del servizio.

Anche da questo punto di vista, dunque, l'imposizione della privatizzazione della gestione non può' giustificarsi come tutela della concorrenza.

2) In subordine: illegittimità' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b), nella parte in cui regola le forme di affidamento non competitive.

In subordine, qualora fosse ritenuta legittima l'imposizione di un regime «ordinario» di affidamento del servizio all'esterno e la limitazione a casi eccezionali di forme di gestione non concorrenziali, sarebbe comunque incostituzionale il nuovo comma 3 dell'art. 23-bis, che, invece di rinviare alle forme di gestione diretta previste dalla legislazione regionale o, in mancanza, scelte dagli enti locali, regola direttamente anche tale caso, imponendo la gestione in house ed escludendo la gestione in proprio da parte dell'ente locale o la gestione tramite azienda speciale.

Sotto tale profilo, l'art. 15 d.l. n. 135/2009 peggiora la disposizione rispetto a quanto risultava dall'originario art. 23-bis d.l. 112/2008: infatti, l'originario comma 3 stabiliva che, «in deroga alle modalità' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può' avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria» (che, come visto, ammette sia la gestione diretta da parte dell'ente locale, sia la gestione tramite azienda speciale, sia la gestione tramite società' in house).

Invece, l'art. 15 d.l. 135/2009 - oltre ad imporre una forma di gestione «ordinaria» - impone anche la forma di gestione alternativa, per i casi in cui non ci può' essere un «utile ricorso al mercato». Ma appare evidente che, nel momento in cui non si attiva la procedura competitiva, è' escluso che lo Stato possa invocare la propria

competenza in materia di «tutela della concorrenza»: anche ammesso, in denegata ipotesi, che il nuovo comma 2 dell'art. 23-bis sia giustificato dall'art. 117, comma 2, lett. e), di certo tale norma non potrebbe legittimare la disciplina statale delle forme di gestione non competitive, che ricadono indubbiamente nella competenza regionale piena in materia di servizi pubblici e di organizzazione degli enti locali.

Di qui l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata.

3) Illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. d).

Il nuovo comma 8 dell'art. 23-bis regola il «regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3».

Nella lett. a) si dispone che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011»; «esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2».

Le lett. b) e c) regolano il regime transitorio delle gestioni affidate direttamente a società miste.

La lett. d) stabilisce che «gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

Dunque, tali norme impongono o la cessazione anticipata della gestione in house o la dismissione di quote rilevanti delle partecipazioni pubbliche.

Esse sono illegittime in primo luogo - naturalmente - per le medesime ragioni già esposte nel punto 1, in quanto, impedendo la gestione del servizio da parte degli enti locali tramite società pubblica, coartano il diritto degli enti locali di erogare in proprio il servizio e ledono la potestà legislativa regionale nella materia in questione: sia consentito, dunque, rinviare al motivo n. 1.

Ad avviso della Regione, anche tali norme non si possono giustificare a titolo di «tutela della concorrenza».

In realtà l'art. 23-bis, come modificato dalla norma impugnata, imponendo agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati, confonde la tutela della concorrenza con la privatizzazione delle risorse pubbliche.

La tutela della concorrenza è un principio comunitario e ormai costituzionale che riguarda l'organizzazione dei mercati e presuppone, perciò, che un mercato esista e che l'apparato pubblico debba assicurare le regole di competitività tra le imprese. In questi termini vale, al riguardo, la competenza esclusiva dello Stato, oltre che l'incombente e prevalente normativa comunitaria.

La privatizzazione delle risorse pubbliche, invece, ha come sua ragione giustificativa la miglior utilizzazione di tali risorse e, quindi, si impone per ragioni del tutto estranee alla tutela della concorrenza: la quale invece, dovrà essere assunta come metodo per

pervenire alla privatizzazione (una volta che la si sia per altra ragione decisa), affinché questa non favorisca determinati operatori, a scapito di altri.

La privatizzazione non ricade in specifiche competenze né della Comunità europea, né dello Stato: né, d'altronde, è una vera materia, trattandosi invece di una modalità di gestione di un bene, servizio o attività'.

Inoltre, trattandosi di un trasferimento ai privati di risorse costituite a spese della collettività', è un processo che va attentamente valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività' stessa. Essa, dunque, si giustifica soltanto là dove l'ingresso del privato sia una garanzia di maggiore efficienza della gestione del bene privatizzato.

Se ciò è vero, lo Stato non può imporre la privatizzazione con la propria legge, per ragioni attinenti ad un'astratta valutazione dell'efficienza del servizio, a meno che non si tratti di tutelare i livelli essenziali delle prestazioni (come non accade certo nel presente caso: v. supra). L'efficienza, infatti, deve essere valutata in concreto dagli enti esponenziali della collettività' che gestiscono il servizio, mentre disciplinarne le forme di esercizio in via generale ed astratta non può che contravvenire al principio di sussidiarietà', oltre che al riparto delle materie che a quel principio si ispira.

Lo Stato, dunque, può legiferare: a) per assicurare la concorrenza là dove l'ente competente decida di aprire il servizio ai privati; b) per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni; c) ponendo norme di principio sul coordinamento finanziario, là dove si tratti di limitare il costo dei servizi rispetto al bilancio pubblico.

Per il resto, le modalità di erogazione dei servizi pubblici locali devono rientrare nella competenza e responsabilità politica delle comunità territoriali, alle quali compete la scelta anche delle modalità di erogazione e dei modelli di gestione.

Le norme impugnate sovrappongono e dunque confondono i due piani, che vanno, invece, mantenuti nettamente distinti. La confusione, a sua volta, nasce da un presupposto concettuale che si ritiene profondamente errato: che i principi della tutela della concorrenza comportino la necessaria privatizzazione delle risorse pubbliche, allo scopo di favorire l'insorgere di mercati concorrenziali, anche là dove essi attualmente non ci siano.

Questo, a ben vedere, non significa tutelare la concorrenza, ma favorire la presenza di operatori privati, affidando loro le risorse pubbliche che sono patrimonio delle collettività' territoriali. Così si contravviene a un ordine logico che, almeno per quanto riguarda i settori su cui non è già presente un mercato concorrenziale (ad es. servizio idrico), dovrebbe muovere dall'obiettivo fondamentale e irrinunciabile della qualità dei servizi (il livello di diffusione, il livello delle prestazioni, il livello delle tariffe, la trasparenza della gestione, la democraticità dei controlli e degli indirizzi, ecc.).

Sotto questo profilo, le norme sul superamento della gestione in house sono palesemente orientate a favorire un ingiustificabile processo di «svendita» (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi. Questo non corrisponde al principio comunitario di tutela della concorrenza, ma ad un «credo ideologico» circa la migliore capacità delle imprese private di gestire non l'impresa in sé, ma gli interessi pubblici.

Questa opzione è meramente ideologica, in quanto essa è

estranea sia alla costituzione comunitaria - nella quale e' indiscusso il diritto delle amministrazioni di gestire direttamente i propri servizi pubblici, sia alla Costituzione italiana, nella quale - fermo il diritto di iniziativa economica privata - e' pienamente ammessa l'impresa pubblica, in particolare finalizzata alla gestione dei servizi pubblici: al punto che non solo la Costituzione non contiene alcuna limitazione, ma addirittura prevede (art. 43) che per ragioni di utilita' generale (cioe' di interesse pubblico) possano addirittura essere trasferiti alla gestione pubblica imprese gia' in regime di iniziativa privata.

E', peraltro, evidente l'interesse della Regione ad impugnare tali disposizioni: su un piano generale ad opporre ad una visione ideologica, priva di qualsiasi riscontro oggettivo, una diversa interpretazione degli interessi della propria comunita'; sul piano piu' direttamente giuridico, a realizzare la propria competenza legislativa in materia di servizi pubblici, che e' lo strumento con cui la Costituzione garantisce la sua autonomia politica, nonche' la propria vocazione a rappresentare gli interessi delle amministrazioni locali della propria comunita' (su cio' v. le sentt. 298/2009, punto 7.2, 169/2007, punto 3; 95/2007, 417/2005, 196/2004 e 533/2002).

Dunque, anche il nuovo art. 23-bis, comma 8, lett. a) e lett. d) viola l'art. 117, comma 1 (per contrasto con la Carta europea dell'autonomia locale), comma 2 (per erronea interpretazione dei confini dei poteri statali ivi previsti) e co. 4 (per violazione della potesta' legislativa regionale piena in materia di servizi locali e organizzazione degli enti locali), e l'art. 118, comma 1 e 2, cost. (per violazione del principio di sussidiarieta' e della titolarita' comunale di funzioni proprie), per le ragioni esposte nel punto 1.

Ancora, il nuovo art. 23-bis, comma 8, lett. a) e lett. d) lede l'autonomia finanziaria degli enti locali (art. 119 Cost.), dato che impone ad essi di cedere rilevanti quote delle societa' da essi controllate (e, come detto, l'obbligatorieta' della vendita rende difficile ottenere le condizioni di mercato). La Regione e' legittimata a far valere tale lesione (si vedano le decisioni di codesta ecc.ma Corte costituzionale richiamate poco sopra).

In subordine, esso e' illegittimo in quanto regola nel dettaglio le quantita', le modalita' ed i tempi di tali cessioni, per le ragioni gia' esposte al punto 1) del presente ricorso, la' dove si e' contestato il comma 2, lett. b), per la regolazione in dettaglio dell'affidamento alla societa' mista (e il comma 8, lett. a), rinvia appunto al comma 2, lett. b).

P. Q. M.

La Regione Umbria, come sopra rappresentata e difesa, chiede voglia codesta ecc.ma Corte costituzionale accogliere il ricorso, dichiarando l'illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1, lett. b) e lett. d) del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

Padova-Roma, 21 gennaio 2010

Avv. Giandomenico Falcon

Avv. Luigi Manzi

Allegati

1) Deliberazione della Giunta regionale n. 32 del 19 gennaio 2010.

REGIONE MARCHE
N. 15 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 20 gennaio 2010 .
(GU n. 10 del 10-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Marche).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione - Applicazione necessaria di tale disciplina al servizio idrico integrato - Ritenuta impossibilità di qualificare il servizio idrico della Regione come servizio a rilevanza economica, e conseguente spettanza del servizio medesimo alla potestà regolamentare dell'Autorità d'ambito o, in subordine, alla potestà legislativa residuale della Regione - Estremo dettaglio della disciplina transitoria - Lamentato svuotamento della proprietà pubblica del demanio idrico regionale e locale - Contrasto con il diritto comunitario che consentirebbe libertà di scelta del modello per la conformazione dei servizi di interesse generale - Ricorso della Regione Marche - Denunciata violazione della competenza legislativa della Regione nella materia residuale dei servizi pubblici locali e della potestà regolamentare degli enti locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità, violazione del patrimonio pubblico regionale e locale, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie - Richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.

Norme Impugnate

	Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
legge 20/11/2009	166			modificativi dell'
decreto legge 25/06/2008	112	23		convertito con modificazioni
legge 06/08/2008	133			

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione	117	1		
Costituzione	117	4		
Costituzione	117	6		
Costituzione	119	6		
decreto legislativo 03/04/2006	152	143	1	
decreto legislativo 03/04/2006	152	153		
Trattato CE		14		
Trattato CE		106		

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 20 gennaio 2010 , n. 15

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Marche).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Applicazione necessaria di tale disciplina al servizio idrico integrato - Ritenuta impossibilita' di qualificare il servizio idrico della Regione come servizio a rilevanza economica, e conseguente spettanza del servizio medesimo alla potesta' regolamentare dell'Autorita' d'ambito o, in subordine, alla potesta' legislativa residuale della Regione - Estremo dettaglio della disciplina transitoria - Lamentato svuotamento della proprieta' pubblica del demanio idrico regionale e locale - Contrasto con il diritto comunitario che consentirebbe liberta' di scelta del modello per la conformazione dei servizi di interesse generale - Ricorso della Regione Marche - Denunciata violazione della competenza legislativa della Regione nella materia residuale dei servizi pubblici locali e della potesta' regolamentare degli enti locali, violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalita', violazione del patrimonio pubblico regionale e locale, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie - Richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, commi 1 e 1-ter, modificativi dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

- Costituzione, artt. 117, primo, quarto e sesto comma, e 119, sesto comma; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 143, comma 1, e 153; trattato CE, artt. 14 e 106.

Ricorso della Regione Marche, in persona del Presidente pro tempore della Giunta regionale, a cio' autorizzato con deliberazione della Giunta regionale n. 2261 del 28 dicembre 2009, rappresentato e difeso dall'avv. prof. Stefano Grassi ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, piazza Barberini 12, come da procura speciale per atto del notaio Sabatini di Ancona, n. rep. 50.361 del 18 gennaio 2010 contro lo Stato, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri pro tempore per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale in parte qua dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee), cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 24 novembre 2009, n. 274, S.O., nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, per violazione degli articoli 117, commi 1, 4 e 6, e 119, comma 6, della Costituzione.

1. - Il decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, ha introdotto «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee».

L'art. 15 di questo atto normativo - rubricato «Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica» - ha apportato importanti modifiche all'articolo 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (disposizione che reca norme concernenti l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, «in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la piu' ampia diffusione dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarieta', proporzionalita' e leale cooperazione»).

2. - Il comma 2 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, cosi' come risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009, che qui si impugna, dispone che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali cui esso si riferisce avvenga, «in via ordinaria», alternativamente o «a favore di imprenditori o di societa' in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunita' europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicita', efficacia, imparzialita', trasparenza, adeguata pubblicita', non discriminazione, parita' di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalita'» (art. 23-bis, comma 2, lett. a); ovvero «a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (art. 23-bis, comma 2, lett. b).

A fianco delle possibilita' menzionate - alle quali, come gia' evidenziato, si deve far ricorso «in via ordinaria» - il comma 3 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (sempre come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla disposizione che si contesta in questa sede) prevede la possibilita' di conferire la gestione di servizi pubblici locali con modalita' derogatorie, alle quali e' possibile far ricorso soltanto «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

In tali circostanze, secondo la disposizione in questione, «l'affidamento puo' avvenire a favore di societa' a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla societa' e di prevalenza dell'attivita' svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Ove l'affidamento avvenga secondo le modalita' derogatorie previste dal citato comma 3, il successivo comma 4 del medesimo articolo prevede, nel testo oggi vigente, che l'ente affidante debba: a) «dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato»; b) «contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita'

garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione». Il parere - precisa inoltre la norma - «si intende espresso in senso favorevole» ove non sia reso entro tale termine.

3. - La disciplina così richiamata si applica anche a quello specifico servizio pubblico locale che è il servizio idrico integrato, come risulta sia da alcune disposizioni già presenti nel testo del citato art. 23-bis, in vigore prima delle modifiche qui contestate, sia - più specificamente - dall'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, anch'esso impugnato mediante il presente ricorso.

Quanto alle prime, è possibile citare: i) l'art. 23-bis, comma 10, lett. d), ai sensi del quale il Governo era incaricato di adottare uno o più regolamenti di delegificazione al fine di «armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua»; ii) l'art. 23-bis, comma 10, lett. e) - disposizione, quest'ultima, non più vigente - in forza del quale, sempre mediante regolamento governativo, si doveva procedere a «disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo».

L'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, prevede invece che «tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

4. - La Regione Marche, con la deliberazione della Giunta indicata in epigrafe, ha espresso la volontà di impugnare davanti a questa Corte l'art. 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, risultando costituzionalmente illegittime e lesive dell'autonomia che la Costituzione riconosce e garantisce alla stessa Regione ricorrente, per le seguenti ragioni di

D i r i t t o

5. - Illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, sesto comma, Cost., il quale attribuisce agli enti locali territoriali la potestà regolamentare «in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

5.1. - Le disposizioni impuginate disciplinano le modalità tramite le quali devono essere necessariamente affidati i servizi

pubblici locali che abbiano rilevanza economica.

In particolare, si e' evidenziato come tali modalita' contemplano il c.d. «affidamento in house» soltanto quale ipotesi eccezionale, della quale avvalersi in presenza di circostanze peculiari le quali, a causa di particolari «caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». Solo in questi casi sara' quindi possibile far ricorso all'in house providing, non peraltro senza adempiere ad alcuni obblighi procedurali, e cioe': a) «dare adeguata pubblicita' alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato»; b) «contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione».

In questo contesto, una importanza centrale e' assunta dal secondo dei due commi qui impugnati dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, ossia il comma 1-ter, secondo cui: «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualita' e prezzo del servizio, in conformita' a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalita' ed accessibilita' del servizio».

Questa disposizione deve essere contestata per la parte in cui stabilisce obbligatoriamente che per la gestione del servizio idrico integrato sia scelta una delle forme di affidamento di cui al nuovo art. 23-bis del d.l. n. 112 del 1998 (cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), richiamate nelle pagine che precedono. La legge statale non puo' imporre, in via generale e astratta, ed in modo del tutto inderogabile, la configurazione del servizio idrico integrato quale «servizio pubblico locale avente rilevanza economica», con il conseguente obbligo per gli enti titolari della funzione di conformare scopi, obiettivi e missioni del servizio in questione al perseguimento della remunerativita' del capitale investito o comunque della redditivita' per il soggetto gestore, escludendo la possibilita' di qualificare il servizio come «servizio pubblico locale non avente rilevanza economica». Tale vincolo si pone in contrasto con l'art. 117, sesto comma, Cost., nella parte in cui riconosce la competenza regolamentare degli enti locali in relazione alla «organizzazione» delle funzioni ad essi attribuite.

5.2. - La censura presuppone una premessa sulla possibilita' di qualificare un servizio pubblico locale come «avente rilevanza economica» ovvero come «non avente rilevanza economica».

Come hanno evidenziato con ampiezza di argomentazioni sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa, la nozione di «servizio a rilevanza economica» non puo' essere intesa quale nozione volta a tracciare una volta per tutte una linea discretiva tra diversi tipi di attivita', alla luce di una supposta «natura ontologica» della medesima. La distinzione e' soltanto una «conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la sua organizzazione» (cfr. R. Chieppa, V. Lopilato, Studi di diritto amministrativo, Milano, Giuffre', 2007, 756).

Nel nostro ordinamento la nozione di «attivita' economica» deve essere ricostruita alla luce dell'art. 2082 del codice civile, ai sensi del quale «e' imprenditore chi esercita professionalmente

un'attivita' economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi». Come e' stato osservato, «e' ormai opinione comune quella che vuole il carattere dell'economicita' (...) riferibile solo a quelle attivita' in grado di essere condotte in modo da produrre degli utili e (...) in ultima analisi l'autosufficienza nel mercato». Da cio' la conclusione cui si e' fatto cenno, secondo la quale «la rilevanza economica del servizio pubblico locale deriverebbe dalla decisione dell'ente di procedere alla gestione dello stesso secondo modalita' in astratto idonee a garantire le entrate necessarie per coprire quantomeno i costi di produzione». Al contrario «la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalita' generale ovvero applicando prezzi politici» (G. Piperata, I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali, in www.astrid-online.it).

La stessa giurisprudenza amministrativa si e' orientata in questa direzione, affermando che «debbono considerarsi privi di rilevanza economica (...) i servizi caratterizzati dall'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancanza di assunzione del rischio economico connesso alla specifica attivita', nonche' dalla presenza di eventuali finanziamenti pubblici» (cosi', ad es., T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 maggio 2005, n. 3397).

Questa prospettiva e' stata accolta anche dalla giurisprudenza di questa Corte (v. la sent. n. 272 del 2004, nella quale si afferma che i servizi pubblici locali appariranno dotati, o, al contrario, privi di rilevanza economica) «in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalita' della prestazione, ai destinatari» (par. 4 del Considerato in diritto).

La qualificazione di un servizio pubblico come servizio dotato o non dotato di rilevanza economica non deriva quindi dai caratteri «naturalisti», intrinseci a ciascuno di essi. La qualificazione e' mera conseguenza della valutazione schiettamente politica che l'organo o ente titolare del servizio ha effettuato sulle modalita' con le quali esso debba essere organizzato e gestito (scegliendo, in particolar modo, se ci debba essere o meno uno scopo lucrativo per il soggetto che lo svolge, se quest'ultimo debba assumere o meno i rischi connessi all'attivita', e se debbano essere presenti o meno finanziamenti pubblici nei confronti di detta attivita').

5.3. - In questo senso qualunque servizio pubblico locale puo' essere qualificato sia come avente rilevanza economica sia come privo della medesima. A questo fine sara' sufficiente, per l'ente titolare del servizio, conformare in un senso o nell'altro i suoi aspetti organizzativi e gestionali.

Se per l'ordinamento comunitario la distinzione tra servizi aventi rilevanza economica e servizi non aventi rilevanza economica conta essenzialmente ai fini dell'applicazione delle norme pro concorrenziali, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano essa si carica di un ulteriore aspetto, peraltro connesso a quest'ultimo. Come la giurisprudenza di questa Corte ha in piu' di una occasione evidenziato, la qualificazione di un servizio pubblico locale come servizio «a rilevanza economica» comporta inevitabilmente la sua soggezione alle regole poste dallo Stato in funzione della «tutela della concorrenza», ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., sempreche' - ovviamente - esse siano state legittimamente dettate alla luce dello «statuto» che la medesima giurisprudenza ha individuato per l'esercizio di questa potesta' legislativa statale (ancorandolo, in particolare, al rigoroso rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalita' rispetto ai fini pro concorrenziali concretamente perseguiti: si vedano, per

tutte, le sentenze nn. 272 del 2004, 175 del 2005, 80 del 2006, 401, 430, 431, 443 e 452 del 2007). Viceversa, al di fuori di cio' che puo' essere disciplinato in forza del menzionato titolo di intervento legislativo, allo Stato difetta la competenza a dettare, in via generale, norme concernenti i servizi pubblici locali, giacche' tale «materia» deve essere considerata riconducibile alla potesta' legislativa residuale regionale (si veda, sul punto, il consolidato orientamento di questa Corte espresso nelle sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009).

La disposizione impugnata si collega al tema della assoggettabilita' di determinati servizi pubblici locali alle norme poste dallo Stato a tutela della concorrenza, ma stabilisce una norma che interviene su un presupposto decisivo e distinto rispetto alle regole concorrenziali. Infatti la norma impugnata determina l'allocazione della competenza circa la decisione di conformare come «avente rilevanza economica» o come «non avente rilevanza economica» un determinato servizio pubblico locale. Decisione dalla quale discendono importanti conseguenze circa il riparto della funzione normativa tra i diversi enti che «costituiscono» la Repubblica, poiche', come questa Corte ha avuto modo di evidenziare gia' a partire dalla sent. n. 272 del 2004, per quei servizi che «appaiono privi di «rilevanza economica», ci sara' dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale» (par. 4 del Considerato in diritto).

La decisione, adottata mediante la normativa qui impugnata, in quanto rende obbligatoria la qualificazione del servizio idrico integrato come servizio «avente rilevanza economica», e conseguentemente il suo affidamento mediante le forme previste dal vigente testo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, viola evidentemente l'art. 117, sesto comma, Cost., il quale dispone che «i Comuni, le Province e le Citta' metropolitane hanno potesta' regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni attribuite».

5.4. - Il regime giuridico della potesta' regolamentare locale ai sensi del citato art. 117, sesto comma, Cost., in relazione alle altre fonti del diritto, ed in particolare alle fonti legislative, e' stato inequivocabilmente chiarito dalla ben nota sent. n. 246 del 2006 di questa Corte; nella quale si trova affermato che «se il legislatore regionale nell'ambito delle proprie materie legislative dispone discrezionalmente delle attribuzioni di funzioni amministrative agli enti locali, ulteriori rispetto alle loro funzioni fondamentali, anche in considerazione dei principi di sussidiarieta', differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell'art. 118 della Costituzione», tuttavia «non puo' contestualmente pretendere di affidare ad un organo della Regione - neppure in via suppletiva - la potesta' regolamentare propria dei Comuni o delle Province in riferimento a quanto attribuito loro dalla legge regionale medesima». Cio' in quanto «nei limiti (...) delle funzioni attribuite dalla legge regionale agli enti locali, solo quest'ultimi possono - come espressamente affermato nell'ultimo periodo del sesto comma dell'art. 117 Cost. - adottare i regolamenti relativi all'organizzazione ed all'esercizio delle funzioni loro affidate dalla Regione» (par. 7.1 del Considerato in diritto).

Il sintesi, in base all'insegnamento di questa Corte, il legislatore competente per materia ex art. 117 Cost. puo', nell'esercizio della propria discrezionalita' legislativa, determinarsi circa l'attribuzione o meno agli enti locali territoriali di una determinata funzione amministrativa - ovviamente nel pieno rispetto dei principi di sussidiarieta', differenziazione

ed adeguatezza posti dall'art. 118, primo comma, Cost. - ma, una volta che si sia determinato nel senso dell'affidamento ad uno di questi enti della funzione in considerazione, sorge a beneficio della potesta' regolamentare dell'ente locale un ambito intangibile e incompressibile - concernente la disciplina degli aspetti organizzativi e delle modalita' di svolgimento della funzione - opponibile anche alla stessa fonte legislativa.

La disposizione costituzionale considerata - come e' stato efficacemente messo in evidenza anche dalla sopra citata sent. n. 246 del 2006 - non riguarda semplicemente e soltanto lo «svolgimento» della funzione considerata, bensì anche la sua «organizzazione». Ora, posto che la normativa vigente affida la cura del servizio idrico integrato a quella particolare «struttura dotata di personalita' giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione» che e' l'Autorita' d'ambito - «alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale e' trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche» (così l'art. 148, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006) - non vi e' chi non veda come quell'area incompressibile di formazione regolamentare concernente il servizio idrico integrato non possa che essere ricondotta alla titolarita' congiunta degli enti locali che obbligatoriamente fanno parte dell'Autorita' d'ambito e come la suddetta area incompressibile di potesta' normativa ricomprenda precisamente la decisione circa la conformazione del servizio quale dotato ovvero non dotato di rilevanza economica, posto che detta conformazione dipende esclusivamente dalla «organizzazione» del servizio medesimo.

Il dato costituzionale, al riguardo, e' dunque chiaro.

La materia dei «servizi pubblici locali» rientra nell'ambito della potesta' legislativa residuale affidata alle Regioni dall'art. 117, quarto comma, Cost., come ha da tempo affermato la giurisprudenza costituzionale con quel consolidato orientamento che si e' già avuto modo di richiamare (cfr. sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009).

Questa competenza legislativa regionale incontra però (per quel che qui specificamente interessa) due limiti.

Il primo concerne la potesta' legislativa statale nell'ambito della materia di competenza esclusiva della «tutela della concorrenza». In forza di tale titolo di intervento, lo Stato può disciplinare importanti aspetti della materia de qua, limitatamente, però, ai servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica. La legislazione regionale, dunque, potrà disciplinare gli aspetti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica che non siano stati legittimamente normati dallo Stato, nonché la «sub-materia» dei servizi pubblici locali non dotati di rilevanza economica.

Il secondo limite della potesta' legislativa regionale dipende dall'art. 117, sesto comma, Cost., e riguarda l'impossibilita' di violare la riserva che questa disposizione pone a beneficio della potesta' regolamentare degli enti locali cui e' congiuntamente affidato il servizio per il tramite dell'Autorita' d'ambito, in riferimento al suo «svolgimento» e - per quel che qui specificamente interessa - alla sua «organizzazione».

Il medesimo limite si impone, a maggior ragione, alla legislazione dello Stato, posto che quest'ultimo dispone, nella materia dei «servizi pubblici locali», di un titolo di intervento «trasversale», e dunque di stretta interpretazione, oltre che gravato dagli accennati limiti di adeguatezza e proporzionalita' (cfr., in particolare, le richiamate sentt. nn. 272 del 2004, 175 del 2005, 430, 443 e 452 del 2007). Anche la legge statale adottata in virtu' dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., dunque, deve

rispettare l'ambito affidato alla potesta' regolamentare locale circa l'organizzazione del servizio, in forma di servizio avente rilevanza economica o non avente rilevanza economica.

In sintesi, alla potesta' regolamentare locale spetta la decisione circa la conformazione del servizio idrico come dotato di rilevanza economica o meno, ex art. 117, sesto comma, Cost. Da questa decisione dipendera' l'applicazione della normativa che, nell'affidamento, nella gestione e nello svolgimento del servizio dovra' essere rispettata. Si trattera' della normativa statale concernente la tutela della concorrenza, nonche' della normativa regionale compatibile con quella statale legittimamente posta in virtu' di tale titolo, ove si opti per la prima alternativa. Sara', invece, senz'altro la disciplina regionale dei servizi pubblici locali, ove invece ci si determini nel senso della seconda possibilita'.

5.5. - Si deve escludere la possibilita' che le disposizioni legislative impugnate siano ritenute fondate sulla competenza statale concernente le «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Citta' metropolitane, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost.

Sono state indicate dalla dottrina, infatti, numerose buone ragioni per escludere che tra le «funzioni fondamentali» di cui alla disposizione costituzionale appena menzionata possano essere comprese anche funzioni amministrativo-gestionali in senso proprio, oltre a quelle - certamente «fondamentali» - in cui si esprimono la potesta' statutaria, la potesta' regolamentare e la potesta' amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

Innanzitutto, partendo dalla premessa, ampiamente desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale la ratio della attribuzione allo Stato di una competenza legislativa e' da rintracciare in una esigenza unitaria, deve rilevarsi che, nel caso di specie, non si capirebbe ove rintracciare una tale esigenza unitaria nell'ipotesi in cui tra le funzioni fondamentali menzionate alla lett. p) dell'art. 117, secondo comma, Cost., fossero annoverabili anche funzioni consistenti nella concreta cura di interessi. Cio' perche' tali funzioni dovrebbero comunque essere allocate tra gli enti locali in base ai principi di sussidiarieta', differenziazione ed adeguatezza ex art. 118, primo comma, Cost. E tale vincolo, ovviamente, graverebbe allo stesso modo sulla legge statale e su quella regionale (art. 118, secondo comma, Cost.), guidandole verso le medesime scelte. Come e' stato evidenziato, «se le funzioni fondamentali sono amministrative, la legge statale non potrebbe allocarle senza tener conto del vincolo costituito dal principio di sussidiarieta': e quindi, non potrebbe assegnare alle Province funzioni amministrative che potrebbero essere adeguatamente svolte dai Comuni (o viceversa). Ma in questo caso non si capisce perche' - nelle materie di spettanza regionale - questa valutazione di sussidiarieta'/adeguatezza debba essere operata dalla legge statale in luogo di quella regionale, tanto piu' che la sussidiarieta' vincolerebbe allo stesso modo tanto il legislatore statale che quello regionale, prescrivendo la medesima soluzione allocativa» (cosi' O. Chessa, Pluralismo paritario e autonomie locali nel regionalismo italiano, in www.astrid-online.it, 14).

Nel senso indicato depone anche una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali.

A fianco del principio di sussidiarieta' e di adeguatezza, nel guidare la allocazione delle funzioni amministrative, l'art. 118 Cost. afferma anche il principio di differenziazione. Tale principio specifica gli altri due. Il suo contenuto precettivo consiste nello stabilire che la valutazione di adeguatezza/inadeguatezza rispetto

allo svolgimento della funzione che sorregge il principio di sussidiarietà deve tener conto delle differenze concrete che sussistono tra enti della medesima categoria. Il principio di differenziazione, dunque, spinge a valutare diversamente enti che, pur appartenendo alla medesima categoria (ad es., due Comuni, o due Province) hanno caratteristiche (ad es. dimensionali) molto differenti. In base a questo principio, dunque, nella allocazione delle funzioni amministrative la legge regionale o statale, competente per materia, dovrebbe compiere una valutazione di adeguatezza-inadeguatezza differente per enti con caratteristiche differenti pur se del medesimo tipo, ad esempio, ritenendo adeguati allo svolgimento della funzione i Comuni con più di x abitanti, ed inadeguati i Comuni con x o meno di x abitanti.

In sintesi, si può ritenere che il principio di differenziazione sia una peculiare declinazione che assume il principio di eguaglianza nell'ambito della allocazione delle funzioni amministrative. Il principio di eguaglianza, infatti, impone di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse. Nel caso in questione, impone di trattare in modo diverso due enti che - pur appartenenti alla medesima categoria - siano caratterizzati da diversità tali che uno sia da considerare adeguato, ed un altro inadeguato, allo svolgimento delle medesime funzioni.

È del tutto evidente che il portato precettivo del principio di differenziazione (e, per il suo tramite, del principio di eguaglianza) risulterebbe del tutto trascurato ove si ritenesse che le funzioni amministrativo-gestionali possano rientrare tra le «funzioni fondamentali» per consentire soluzioni allocative, da parte della legge statale, uniformi per tutto il territorio nazionale. Viceversa, è il principio di sussidiarietà a richiedere la differenziazione.

D'altra parte, non si potrebbe certo ritenere che la soluzione proposta in questa sede sia in grado di pregiudicare quella uniformità minima negli standard di prestazione relativi a quelle funzioni, particolarmente importanti per le collettività locali, che in virtù di tale importanza si volessero far rientrare tra quelle «fondamentali». Lo Stato, infatti sarebbe comunque dotato della competenza ad individuare i «livelli essenziali delle prestazioni», e inoltre avrebbe a disposizione, in ogni caso, lo strumento del potere sostitutivo straordinario ex art. 120, secondo comma, Cost., per garantire l'effettività di questi ultimi.

In sintesi, per le ragioni appena esposte, la Regione ricorrente ritiene che si debba escludere che le disposizioni concernenti il servizio idrico integrato, impugnate in questa sede, possano essere considerate espressione della competenza legislativa statale a disciplinare le «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane, ex art. 117, secondo comma, lett. p), Cost.

La Regione ricorrente non ignora la recente sentenza di questa Corte dove si trova affermato che «le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina è stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117» (sent. n. 307 del 2009, par. 5.2 del Considerato in diritto). Tale precedente non esclude la possibilità di contestare che la decisione circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio pubblico locale a rilevanza economica, ovvero come servizio pubblico locale privo di tale rilevanza possa essere assunta dallo Stato in forza della sua competenza in materia di «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Città metropolitane.

E' la stessa sent. n. 307 del 2009, cit., a deporre inequivocabilmente in tal senso.

In essa infatti si legge che l'evocazione del parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost., deve essere ritenuta «inconferente» rispetto a norme concernenti «le modalita' di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica», le quali trovano il loro fondamento, invece, nell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., e cio' in quanto «la regolamentazione di tali modalita' non riguarda un dato strutturale del servizio ne' profili funzionali degli enti locali ad esso interessati (come, invece, la precedente questione relativa alla separabilita' tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico), bensì concerne l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento» (par. 6.1 del Considerato in diritto).

Da quanto precede risulta con chiarezza che gli aspetti del servizio idrico integrato rilevanti ai fini del riparto di competenze normative sono (almeno) tre.

Innanzitutto, quello connesso all'«assetto competitivo da dare dal mercato di riferimento», ove il servizio idrico sia strutturato in modo tale da essere dotato di rilevanza economica. La competenza in materia spetta senz'altro allo Stato in virtu' dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

In secondo luogo, quello inerente i «profili funzionali degli enti locali ad esso interessati»: tra tali profili questa stessa Corte ha indicato quello concernente la «separabilita' tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico». Anche in questo caso, nel sistema accolto dalla sent. n. 307 del 2009, la competenza legislativa spetta inequivocabilmente allo Stato, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost. (differente conclusione su questo punto dovrebbe essere raggiunta ove si ritenesse - come questa difesa considera corretto - che le «funzioni fondamentali» menzionate dalla citata disposizione costituzionale siano limitate a quelle in cui si esprimono la potesta' statutaria, la potesta' regolamentare e la potesta' amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente).

In terzo luogo, deve essere menzionato l'aspetto concernente il «dato strutturale del servizio», evocato nel passo riportato della sent. n. 307 del 2009. Si tratta, evidentemente, proprio del profilo che in questa sede interessa, riguardante la strutturazione del servizio come avente o non avente rilevanza economica. Questo aspetto, come si e' visto, e' tenuto distinto dai due precedenti, e dunque non ricade ne' nell'ambito dell'art. 117, secondo comma, lett. p), ne', tantomeno, in quello dell'art. 117, secondo comma, lett. e). Esso, dunque, non puo' che rientrare, secondo quanto evidenziato nelle pagine che precedono, nell'ambito assegnato dall'art. 117, sesto comma, Cost., alla potesta' regolamentare locale.

5.6. - Le doglianze fin qui esposte, come si e' messo in luce piu' sopra, si basano sull'assunto interpretativo secondo il quale le disposizioni normative impugnate - ed in particolar modo il comma 1-ter dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 - impongano la configurazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, con conseguente applicazione necessaria dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, cosi' come modificato dall'art. 15, comma 1, in questa sede in discussione.

La Regione ricorrente ritiene indispensabile portare all'attenzione di questa Corte la circostanza secondo la quale la menzionata interpretazione non e' affatto necessitata in base al tenore testuale dalle disposizioni normative impugnate.

L'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009 e' intitolato

«Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica». Il suo comma 1 riformula la disciplina dettata dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 in relazione all'affidamento di questo tipo di servizi, nel senso illustrato nella parte in fatto del presente ricorso.

E' altresì importante evidenziare che il menzionato art 23-bis - intitolato a sua volta «Servizi pubblici locali di rilevanza economica» - delimita con chiarezza il proprio ambito di applicazione. Il suo comma 1, infatti, afferma che «le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica». Non può dunque sussistere alcun dubbio circa l'esclusiva applicabilità a questa sola categoria di servizi pubblici locali delle disposizioni poste dall'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009.

Nel comma 1-ter di questo articolo - anch'esso impugnato con il presente ricorso - è invece possibile leggere quanto segue: «Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

E' evidente come tale testo sia del tutto compatibile con una sua interpretazione che non imponga in alcun modo la conformazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica. Esso, infatti, può ben essere interpretato nel senso di imporre il «rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», con conseguente governo pubblico delle medesime, esclusivamente nel caso in cui si scelga la forma del servizio a rilevanza economica con conseguente applicabilità dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, senza però imporre in alcun modo una opzione in questo senso.

In altre parole, le norme impugnate ben possono essere lette come volte a disciplinare, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., esclusivamente i caratteri di quei servizi che gli enti competenti abbiano scelto di organizzare in modo da conferirvi rilevanza economica, fermo restando che esse nulla dispongono circa il modo in cui deve essere necessariamente organizzato il servizio idrico integrato.

E' evidente che - ove fossero interpretate in tal modo - le doglianze di incostituzionalità più sopra illustrate non avrebbero modo di porsi. La normativa oggetto del giudizio, infatti, risulterebbe assolutamente rispettosa dell'art. 117, sesto comma, Cost. - parametro invocato in questa specifica sede - in quanto non pregiudicherebbe in alcun modo la spettanza alla potestà regolamentare locale della decisione fondamentale circa l'organizzazione del servizio idrico, ed in particolare quella della sua conformazione o meno come servizio a rilevanza economica.

A sostegno della percorribilità di una simile opzione interpretativa, oltre all'evidente conformità al parametro costituzionale in questa sede invocato, può essere considerato, inoltre, un argomento fondato sulla più recente evoluzione della stessa disciplina statale concernente la scelta delle forme di gestione e le relative procedure di affidamento del servizio idrico integrato.

Prima dell'avvento dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008,

la disciplina di riferimento era quella dettata dall'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, i cui primi tre commi così recitavano: «1. L'Autorità d'ambito, nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unitarietà della gestione per ciascun ambito, delibera la forma di gestione fra quelle di cui all'articolo 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. 2. L'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia. 3. La gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2».

In base a tali disposizioni, che rinviavano tutte - mediante rinvii precettivi - all'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, poteva senz'altro ritenersi che la legislazione statale - sia pure con le previsioni ben più generali di quelle oggi vigenti circa le forme di gestione dei servizi contenute nel suddetto articolo - imponesse alle Autorità d'ambito territorialmente competenti la conformazione del servizio idrico integrato necessariamente come «servizio pubblico a rilevanza economica».

Il successivo intervento dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, tuttavia, ha determinato l'abrogazione del menzionato art. 113 del t.u. degli enti locali, disponendo espressamente, al comma 11, che «L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo». Di conseguenza, non risultando in alcun modo compatibili le vecchie norme sulle forme di gestione e le modalità di affidamento dei servizi contenute nell'art. 113 del t.u. degli enti locali con le nuove norme contenute nel citato art. 23-bis, l'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, disponendo un rinvio recettivo a norme abrogate, risulta oggi del tutto svuotato del proprio contenuto normativo, di talché non è più possibile, allo stato della normativa vigente, desumere da esso quell'obbligo di conformazione del servizio idrico integrato come «servizio pubblico a rilevanza economica» che poteva accreditarsi in precedenza.

L'unica disciplina statale delle forme di gestione e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (e, dunque, anche del servizio idrico integrato) è attualmente quella contenuta nell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, così come modificato dalle norme qui censurate; e poiché tale disciplina, per quanto si è esposto nelle pagine che precedono, non potrebbe essere interpretata in difformità rispetto al riparto costituzionale delle competenze normative, essa dovrebbe correttamente essere riferita ai soli servizi cui l'autorità locale competente abbia scelto di conferire i caratteri della «rilevanza economica», escludendosi, per contro, che se ne possa in alcun modo ricavare un obbligo di conformare in tal senso il servizio idrico integrato.

5.7. - A conclusione del presente motivo di ricorso, si ritengono

opportune due precisazioni a carattere processuale.

La prima riguarda l'ammissibilita', nel giudizio in via principale, di questioni interpretative del tipo di quella qui proposta.

Tale possibilita', come e' noto, deve senz'altro ritenersi esclusa nell'ambito del giudizio in via incidentale. Ma si ritiene ammissibile, ove le questioni interpretative siano proposte mediante ricorso nell'ambito del giudizio in via principale (cfr., ad es., la sent. n. 88 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto).

La seconda precisazione riguarda invece la ammissibilita' di censure, proposte mediante ricorso regionale avverso una legge statale, che invochino quale parametro norme costituzionali poste a presidio di competenze degli enti locali.

Anche su questo punto si puo' richiamare la giurisprudenza che riconosce la ammissibilita' di simili censure, e la sussistenza «in via generale» in capo alle Regioni della legittimazione a sollevarle «perche' la stretta connessione (...) tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (sent. n. 95 del 2007, par. 3 del Considerato in diritto; nello stesso senso, si vedano anche le sentenze nn. 169 del 2007, par. 3 del Considerato in diritto, 417 del 2005, par. 3 del Considerato in diritto, 196 del 2004, par. 14 del Considerato in diritto).

Quella «stretta connessione» tra competenze regionali e locali, che, secondo l'orientamento citato, determina «in via generale» la sussistenza della legittimazione regionale, nel caso oggetto del presente ricorso e' particolarmente evidente.

Il riconoscimento agli enti locali della competenza, ex art. 117, sesto comma, Cost., a decidere circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio avente o non avente rilevanza economica determina rispettivamente il contrarsi o il riespandersi dell'ambito di applicazione delle norme regionali adottate in materia di servizi pubblici locali. L'accoglimento della presente questione di costituzionalita', proposta nei confronti di una norma statale che intende compiere una opzione generalizzata nel primo senso, comporterebbe dunque non solo l'effetto della «restituzione» agli enti locali della possibilita' di compiere la suddetta scelta, ma anche l'effetto della possibile «riespansione» degli ambiti suscettibili di essere disciplinati dalla legge regionale a seguito delle opzioni degli enti locali.

6. - Illegittimita' costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, quarto comma, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la potesta' legislativa residuale nella materia «servizi pubblici locali», con particolare riferimento alla disciplina dei profili di configurazione strutturale del servizio idrico integrato.

6.1. - Nelle pagine che precedono si e' argomentata la tesi secondo la quale la configurazione strutturale del servizio idrico integrato - ed in particolar modo la sua conformazione come servizio avente, oppure non avente, rilevanza economica - deve essere ricondotta alla potesta' regolamentare locale, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, Cost.

In via subordinata, ove non si accolga tale ricostruzione, la Regione ricorrente ritiene che la normativa indicata in epigrafe debba comunque essere dichiarata costituzionalmente illegittima, perche' posta in assenza di un titolo di intervento legislativo statale. Cio' in quanto la competenza sulla configurazione

strutturale del servizio idrico integrato, e la sua conformazione come servizio avente o non avente rilevanza economica, ricade nell'ambito della competenza residuale regionale in relazione alla materia «servizi pubblici locali».

6.2. - La giurisprudenza di questa Corte, ormai da tempo, ha affermato, al di là di ogni dubbio, che il legislatore competente in via generale nella materia dei «servizi pubblici locali» è il legislatore regionale, ai sensi dell'art. 117, quarto comma, Cost. Al riguardo è possibile richiamare le già citate sentenze nn. 272 del 2004, 29 del 2006, 38 del 2007 e 307 del 2009.

Questa difesa è consapevole della circostanza secondo la quale una altrettanto consolidata giurisprudenza costituzionale afferma la spettanza alla competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., della regolamentazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, limitatamente agli aspetti necessari a garantire la tutela della concorrenza nei settori di pertinenza dei medesimi. Ciò non vale, però, a far ritenere fondata sulla menzionata norma costituzionale la disciplina contestata con il presente ricorso. Ciò in quanto l'imposizione di vincoli proconcorrenziali all'affidamento, all'organizzazione ed alla gestione di servizi pubblici presuppone la decisione circa la conformazione dei medesimi servizi nel senso di conferire loro quella «rilevanza economica» che rende applicabile la normativa statale adottata in base all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

Viceversa, come già evidenziato, la qualificazione di un servizio come avente o non avente rilevanza economica dipende dalle caratteristiche che si intendano conferire al modo in cui esso è organizzato e gestito, in particolare all'esistenza o meno di uno scopo precipuamente lucrativo, alla assunzione o meno del rischio economico connesso alla specifica attività, nonché alla presenza o meno di eventuali finanziamenti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 maggio 2005, n. 3397). Solo «a valle» di questa scelta - ove si optasse per la conformazione del servizio come «servizio a rilevanza economica» - assumeranno rilievo le norme legittimamente dettate dallo Stato a tutela della concorrenza.

In sintesi, non può che concludersi che - ove non si ritenga che la decisione circa la conformazione come servizio avente o non avente rilevanza economica del servizio idrico integrato appartenga alla potestà regolamentare locale - la medesima decisione ricade necessariamente nell'ambito della potestà legislativa regionale residuale in materia di «servizi pubblici locali» ex art. 117, quarto comma, Cost.

6.3. - Contro tale conclusione non può neanche affermarsi la sussistenza della competenza statale a dettare le norme in questa sede impugnate sulla base dell'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost., in materia di «funzioni fondamentali» dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane.

Anche in questo caso occorre fare riferimento ad argomenti già esposti (si veda, in part., il punto 5.5).

Deve innanzi tutto essere contestata la possibilità di intendere la competenza ex art. 117, secondo comma, lett. p), Cost., in modo tale da ritenerla estesa anche a funzioni «amministrativo-gestionali», o comunque, più in generale, a funzioni volte alla cura concreta di interessi. Le «funzioni fondamentali» di cui alla menzionata disposizione costituzionale, viceversa, devono ritenersi limitate a quelle in cui si esprimono la potestà statutaria, la potestà regolamentare e la potestà amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

In tal senso milita, oltre all'argomento «topografico», che vede

tali funzioni accomunate agli «organi di governo» ed alla «legislazione elettorale», la considerazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui all'art. 118, primo comma, Cost.

Infatti, posto che il legislatore statale, nell'allocare le funzioni fondamentali, dovrebbe comunque rispettare il principio di sussidiarietà, non si vede quale diversa allocazione potrebbe dare rispetto a quella ipoteticamente impressa dal legislatore regionale, vincolato anch'esso al rispetto dei medesimi principi. Ne' e' possibile sostenere l'esistenza di esigenze unitarie in favore di una allocazione uniforme su tutto il territorio nazionale, posto che in senso opposto depone proprio il principio di differenziazione sopra menzionato.

Infine, non e' possibile sostenere che le esigenze unitarie a sostegno dell'interpretazione della nozione di «funzioni fondamentali» che qui si contesta siano di carattere sostanziale, poiche', ove lo Stato intenda garantire il rispetto di determinati standard nella prestazione di servizi pubblici di particolare importanza, esso ha a disposizione il titolo di intervento di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost., per assicurare l'effettivita' del quale puo' far ricorso anche allo strumento del potere sostitutivo straordinario di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.

6.4. - Anche sotto questo profilo, la ricorrente tiene conto della sentenza n. 307 del 2009 di questa Corte, nella quale si e' ritenuto che «le competenze comunali in ordine al servizio (...) devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali, la cui disciplina e' stata affidata alla competenza esclusiva dello Stato dal novellato art. 117» (par. 5.2 del Considerato in diritto). La Regione ricorrente ritiene, peraltro, che - anche ove questa Corte non intendesse discostarsi da tale precedente - sussisterebbero ugualmente valide ragioni per escludere che la decisione circa la conformazione del servizio idrico integrato come servizio pubblico locale a rilevanza economica, ovvero come servizio pubblico locale privo di tale rilevanza possa essere assunta dallo Stato in forza della sua competenza in materia di «funzioni fondamentali» di Comuni, Province e Citta' metropolitane.

Nella medesima sent. n. 307 del 2009, infatti, si afferma - implicitamente ma chiaramente - che i profili del servizio idrico integrato rilevanti ai fini del riparto della competenza normativa nell'ambito delle «funzioni fondamentali» degli enti locali sono sostanzialmente tre (cfr. il par. 6.1 del Considerato in diritto).

Il primo e' quello connesso all'«assetto competitivo da dare dal mercato di riferimento», ove il servizio idrico sia strutturato in modo tale da essere dotato di rilevanza economica. La competenza in materia spetta senz'altro allo Stato in virtu' dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

Il secondo e' quello inerente i «profili funzionali degli enti locali ad esso interessati»: tra tali profili questa stessa Corte ha indicato quello concernente la «separabilita' tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico». Anche in questo caso, nel sistema accolto dalla sent. n. 307 del 2009, la competenza legislativa spetta inequivocabilmente allo Stato, in forza dell'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost. Come si e' visto in precedenza, differente conclusione su questo punto dovrebbe essere raggiunta ove si ritenesse - come questa difesa considera corretto - che le «funzioni fondamentali» menzionate dalla citata disposizione costituzionale siano limitate a quelle in cui si esprimono la potesta' statutaria, la potesta' regolamentare e la potesta' amministrativa a carattere «ordinamentale» concernente le funzioni essenziali che attengono alla vita stessa e al governo dell'ente.

Il terzo e' quello concernente il «dato strutturale del servizio», evocato dalla sent. n. 307 del 2009 al citato punto 6.1 del Considerato in diritto. Si tratta, evidentemente, proprio del profilo che in questa sede interessa, riguardante la strutturazione del servizio come avente o non avente rilevanza economica. Questo aspetto, come si e' visto, e' tenuto distinto dai due precedenti e dunque non ricade ne' nell'ambito dell'art. 117, secondo comma, lett. p), ne', tantomeno, in quello dell'art. 117, secondo comma, lett. e). Esso, pertanto, non puo' che rientrare nell'ambito assegnato dall'art. 117, quarto comma, Cost., alla potesta' legislativa residuale regionale in materia di «servizi pubblici locali».

7 . - Illegittimita' costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, comma 4, Cost., il quale attribuisce alle Regioni la potesta' legislativa residuale nella materia «servizi pubblici locali».

7.1. - Le disposizioni censurate, nella parte in cui modificano la disciplina delle modalita' di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), sono espressamente rivolte anche al servizio idrico integrato, il quale rientra pacificamente tra i servizi pubblici locali.

Questa disciplina statale, per giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, puo' trovare il proprio titolo di legittimazione nella potesta' legislativa dello Stato in materia di «tutela della concorrenza», la quale, pero', in base alla medesima giurisprudenza, e' subordinata al rispetto di limiti rigorosi in relazione al grado di pervasivita', all'adeguatezza e alla proporzionalita' delle misure. Secondo quanto affermato nella sent. n. 272 del 2004, sempre confermata dalle pronunce successive, la potesta' legislativa statale in materia di tutela della concorrenza «e' riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalita' di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e «solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali»; con la conseguenza che non sono censurabili, in riferimento ai servizi pubblici aventi rilevanza economica, solo ed esclusivamente tutte quelle norme statali «che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la piu' ampia liberta' di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalita' di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono piu' meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali».

«Il criterio della proporzionalita' e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operativita' della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» conseguentemente la legittimita' dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per cosi' dire, «trasversale» (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiche' si intreccia inestricabilmente con una pluralita' di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico produttivo del Paese, e' evidente la necessita' di basarsi sul criterio di proporzionalita'-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato» (par. 3 del Considerato in diritto).

Le disposizioni legislative in questione, nella parte in cui

impongono, per la gestione del servizio idrico integrato, l'adozione «in via ordinaria» delle sole modalita' di affidamento di cui al nuovo comma 2 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 1998 (cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008), ammettendo esclusivamente «per situazioni eccezionali» l'adozione del c.d. «in house providing» e sottoponendo tale scelta a vincoli sia sostanziali (allorche' «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») che procedurali (l'onere di «trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione»), violano quei limiti di «adeguatezza» e «proporzionalita'» che debbono caratterizzare l'esercizio della competenza legislativa statale sulla «tutela della concorrenza», con conseguente illegittima compromissione della potesta' legislativa regionale in materia di «servizi pubblici locali».

7.2. - Da quanto precede emerge chiaramente che - per consolidata giurisprudenza costituzionale - il parametro alla cui stregua valutare la legittimita' costituzionale di un intervento statale diretto alla «tutela della concorrenza», che qui specificamente interessa, e' quello che afferma che possono superare lo scrutinio di costituzionalita' in relazione a questa norma costituzionale solo le disposizioni le quali siano effettivamente adeguate rispetto al fine perseguito e - soprattutto - proporzionate rispetto ad esso, nel senso che devono rappresentare il modo di raggiungere lo specifico obiettivo di tutela della concorrenza individuato dalla legge statale meno invasivo per l'autonomia regionale. Cio' e' evidentemente basato sul rilievo, esplicitato anche dalla citata sent. n. 272 del 2004, della circostanza secondo la quale la potesta' legislativa statale in materia di «tutela della concorrenza» si svolge in un ambito altrimenti affidato alla legislazione regionale residuale, di talche' - per essere conforme a Costituzione - deve risultare quanto piu' contenuta possibile nell'imporre limiti e vincoli al legislatore regionale (in questo senso si e' espressa anche la sent. n. 452 del 2007, par. 4 del Considerato in diritto, laddove ha affermato «che le materie di competenza esclusiva e nel contempo "trasversali" dello Stato, come quella concernente la tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, possono intersecare qualsivoglia titolo di competenza legislativa regionale, seppur nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi cui esse sono preposte»).

In sintesi, per valutare se la normativa statale superi o meno il test di proporzionalita', sara' necessario chiedersi se esiste la possibilita' di una regolazione diversa e meno invasiva per l'autonomia regionale, la quale raggiunga i medesimi scopi di tutela della concorrenza perseguiti con la disciplina oggetto del giudizio.

7.3. - Nel caso di specie, e' agevole rendersi conto che la normativa impugnata non rispetta il parametro della «proporzionalita'» della disciplina. Sul punto e' possibile osservare quanto segue.

L'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, prevede la possibilita' di far ricorso al c.d. «affidamento in house» soltanto in presenza di specifiche condizioni analiticamente determinate dalla medesima disposizione e con assolvimento di specifici oneri procedurali.

La Regione ricorrente non intende sostenere che lo standard di tutela della concorrenza, in riferimento ai servizi pubblici a rilevanza economica, sarebbe ugualmente tutelato ove la scelta a

favore dell'«in house providing» fosse del tutto libera per l'ente locale. Cio' che si intende dimostrare, invece, e' che lo standard di tutela garantito dalla presente normativa sarebbe ugualmente garantito da una disciplina meno invasiva delle competenze regionali, che non contenga una specifica indicazione delle condizioni che giustificano l'affidamento «in house».

E' ben noto, infatti, che la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che «gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonche' i principi di parita' di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalita' e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una societa' della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale societa' un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la societa' realizzi la parte piu' importante della propria attivita' con l'ente che la detiene» (sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04, par. 33). In conseguenza, «non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorita' pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entita' esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, cit., punto 48)». (sent. in causa C-458/03, Parking Brixen, par. 61).

E' vero che la menzionata giurisprudenza comunitaria ha precisato anche che la scelta orientata nel senso dell'«in house providing» non puo' considerarsi del tutto libera, potendosi piuttosto percorrere solo quando sussistano delle condizioni che la giustificano in concreto (sent. in causa C-458/03, Parking Brixen, par. 63; sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04, par. 26). E' altrettanto vero, pero', che la medesima giurisprudenza ha ritenuto non contrastante con il diritto comunitario, e con l'esigenza di tutelare la concorrenza, la disciplina nazionale italiana previgente rispetto a quella oggi in discussione, la quale non individuava specificamente le ipotesi e i casi in cui si doveva eccezionalmente ritenere ammissibile il ricorso all'affidamento «in house» (sent. 6 aprile 2006, in causa C-410/04).

Da questa premessa e' agevole desumere la conseguenza, nel senso piu' sopra indicato. La disciplina previgente, che non conteneva le indicazioni suddette, era assolutamente in grado di tutelare adeguatamente la concorrenza, arrecando pero' un vulnus di minore entita' alla potesta' legislativa regionale residuale. Nel caso delle norme impugnate, dunque, non puo' ritenersi affatto sperato il test di proporzionalita' richiesto dalla giurisprudenza di questa Corte per la legittimita' costituzionale delle norme legislative statali poste a tutela della concorrenza.

Tale conclusione e' avvalorata anche da un concorrente argomento, offerto dalla stessa normativa impugnata. L'art. 15, comma 1, oggetto del presente giudizio, nel sostituire (alla lett. d) il comma 8 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, prevede la cessazione «automatica» delle «gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house"».

Questa disposizione mostra con chiarezza che la disciplina statale qui contestata va ben oltre, nel comprimere le possibilita' a disposizione del legislatore regionale e degli enti locali, di quanto richiesto dalla tutela della concorrenza. Come si ricordava piu' sopra, il diritto comunitario non consente che gli enti locali dispongano ad libitum l'affidamento «in house», viceversa, esige che a questo strumento possano far ricorso solo in peculiari circostanze. La normativa statale, invece, disciplinando piu' analiticamente questa eventualita', esclude la legittimita' della scelta dell'in

house providing in situazioni compatibili con la tutela della concorrenza, in quanto conformi al diritto comunitario.

E' dunque chiaro che la normativa impugnata con il presente ricorso, ponendo in essere precetti non necessari al fine di garantire la tutela della concorrenza, non supera il test di proporzionalita' e deve essere, dunque, dichiarata costituzionalmente illegittima.

7.4. - L'art. 15, comma 1, del d.l. n. 135 del 2009, viola i parametri di «generalita'» e «proporzionalita'» sopra illustrati anche nella parte in cui, sostituendo il comma 8 dell'art. 23-bis del d.lgs. n. 112 del 2008, prevede quanto segue: «a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalita' di cui alla lettera b) del comma 2; b) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011; c) le gestioni affidate direttamente a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio; d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a societa' a partecipazione pubblica gia' quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015; e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente affidante».

E' infatti del tutto evidente che, come nella sent. n. 272 del 2004 questa Corte ha ritenuto di dover dichiarare l'incostituzionalita' di parte della normativa allora oggetto del giudizio a causa dell'«estremo dettaglio nella indicazione dei criteri» di affidamento che la caratterizzava (par. 3 del Considerato in diritto), allo stesso modo deve concludersi nella presente circostanza, visto l'«estremo dettaglio» nella indicazione dei tempi e delle modalita' di cessazione delle presenti gestioni pure conformi alla disciplina in house posta dal diritto comunitario.

Anche il parametro di «proporzionalita'» risulta violato dalla disciplina transitoria appena citata.

Il fine da essa perseguito e' evidentemente quello di garantire effettivita' e tempestivita' all'entrata a regime della nuova normativa introdotta. Per raggiungere questo fine, tuttavia, non era affatto necessario comprimere i poteri decisionali delle Regioni e degli enti locali nel modo in cui li comprime l'art. 15 del d.l. n. 135 del 2008. Sarebbe risultata piu' che sufficiente, infatti, una normativa che prevedesse uno spettro di date entro il quale le singole Regioni potessero compiere le proprie scelte, ovvero un meccanismo di adeguamento progressivo ai nuovi standard. In sintesi, anche in questo caso, la pervasivita' della normativa statale impugnata non era affatto necessaria a garantire lo standard di tutela della concorrenza perseguito. Di conseguenza, il test di proporzionalita' non e' superato, e la disciplina in questione deve considerarsi costituzionalmente illegittima, ovviamente sempre per la sola parte in cui essa si applica al servizio idrico integrato come da delibera autorizzativa all'impugnazione adottata dalla Giunta regionale della Regione Marche.

7.5. - Anche in relazione alla censura proposta nel presente motivo, occorre fare riferimento all'ipotesi di un'interpretazione secondo Costituzione delle disposizioni impugnite (v. precedente paragrafo 5.6).

La Regione ricorrente, con la presente censura, intende infatti porre in rilievo che - anche ove le precedenti questioni fossero ritenute infondate - i commi 1 e 1-ter dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, sarebbero da considerare costituzionalmente illegittimi in quanto, regolando il servizio idrico integrato, ed imponendo una strutturazione del medesimo come servizio necessariamente a rilevanza economica, costituirebbero una normativa giustificabile esclusivamente in base al titolo competenziale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., ma come tale esorbitante rispetto ai limiti che questa disposizione costituzionale pone alla legge statale ogni qualvolta essa intervenga in materie regionali.

La presente censura (a differenza dei precedenti motivi) sarebbe quindi ammissibile anche ove questa Corte ritenesse di aderire all'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni impugnite (nel senso che l'art. 15, comma 1-ter, lascerebbe del tutto impregiudicata la questione della conformazione del servizio idrico integrato quale servizio avente o non avente rilevanza economica). Infatti, nel caso in cui si ritenesse di accogliere la suddetta interpretazione restrittiva della normativa impugnata, le norme oggetto della presente questione di legittimita' costituzionale disciplinerebbero comunque nel dettaglio, e ben oltre i limiti che pone l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., l'affidamento del servizio idrico integrato che fosse stato conformato - dalla potesta' regolamentare locale, ovvero dalla legislazione regionale - in modo tale da far assumere al medesimo rilevanza economica.

In altre parole, l'interpretazione secondo la quale le norme impugnite non pregiudicano la spettanza locale (o regionale) della conformazione del servizio quale avente o non avente rilevanza economica, se determina la conseguenza di far cadere le prime due questioni di legittimita' costituzionale proposte dalla Regione ricorrente, non ha il medesimo effetto su questa terza questione. In ogni caso, infatti, la disciplina qui contestata e' troppo pervasiva, inadeguata e sproporzionata rispetto ai limiti posti dalla Costituzione al titolo di intervento statale «tutela della concorrenza», e per questa ragione, conformemente agli orientamenti gia' espressi da questa Corte, deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

8. - Illegittimita' costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e

1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 119, comma 6, Cost., il quale prevede che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato».

8.1. - L'art. 119, sesto comma, della Costituzione stabilisce espressamente, nella sua prima proposizione, che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato».

Tale disposizione contiene due norme distinte: la prima, che «impone» la dotazione di un determinato patrimonio («proprio») in capo ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni e che, pertanto, da questo punto di vista, costituisce il fondamento costituzionale esplicito della proprietà pubblica degli enti locali territoriali e delle Regioni; la seconda, che stabilisce - quale unico limite della suddetta dotazione patrimoniale - che la sola «attribuzione» dei relativi beni debba avvenire sulla base di «principi generali» fissati dal legislatore statale, con ciò individuando a favore della legge dello Stato uno specifico ed ulteriore titolo competenziale rispetto a quelli previsti nell'art. 117, secondo e terzo comma, Cost.

Da queste norme si ricavano con certezza le seguenti implicazioni:

a) che la proprietà pubblica regionale e locale ha uno specifico fondamento costituzionale e, pertanto, partecipa a pieno titolo alla definizione delle sfere di autonomia costituzionalmente garantita dei rispettivi enti, risultando «imposto» al legislatore statale l'obbligo di prevedere l'attribuzione a tali enti di un proprio patrimonio;

b) che una volta avvenuta l'attribuzione del patrimonio alla proprietà delle Regioni e degli enti locali territoriali, secondo i principi generali fissati dalla legge dello Stato, tale proprietà pubblica deve considerarsi naturalmente assoggettata al regime giuridico del demanio e del patrimonio indisponibile o disponibile sulla base delle ordinarie norme del codice civile (in specie, degli artt. 823, 824, 826, 828 e 829);

c) che al legislatore statale la Costituzione riconosce titoli di legittimazione per la sola disciplina dei «principi generali» per l'attribuzione di tali beni e per il relativo regime giuridico, riconducibile alla materia «ordinamento civile», nel quale e' senza dubbio ricompresa la regolazione dei limiti e delle modalità di alienazione dei suddetti beni nelle forme negoziali, ma non certo il potere di disciplinare la sottrazione dei medesimi al patrimonio delle autonomie territoriali.

Nel quadro normativo costituzionale appena illustrato, devono essere considerate le norme contenute nel d.lgs. n. 152 del 2006, le quali individuano il regime proprietario delle risorse e delle infrastrutture idriche.

Si tratta, in particolare, degli artt. 143 e 144 del citato d.lgs. In base al comma 1 di quest'ultima disposizione (rubricata «Tutela e uso delle risorse idriche»), «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato». In base al comma 1 dell'art. 143 (rubricato «Proprietà delle infrastrutture»), «gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Da tali proposizioni normative si deduce, in termini

inequivoci, che mentre tutte le risorse idriche debbono considerarsi di proprietà dello Stato e facenti parte del demanio statale necessario di cui al comma 1 dell'art. 822 del codice civile, le infrastrutture idriche possono essere di proprietà pubblica di tutti gli enti territoriali e, qualora lo siano in concreto, appartengono al demanio eventuale dello Stato, delle Regioni o degli enti locali ai sensi degli artt. 822, comma 2, e 824, comma 1, del codice civile, risultando perciò assoggettati al regime giuridico stabilito dall'art. 823 anche per quanto concerne la loro tutela.

A queste norme debbono poi essere aggiunte anche quelle contenute nell'art. 153, comma 1, e nell'art. 151, comma 2, lett. m), del d.lgs. n. 152 del 2006. La prima disposizione stabilisce che «le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'articolo 143 sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione, al gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare», con ciò sancendo la natura di «concessione traslativa a titolo gratuito» del titolo giuridico in base al quale l'uso dei beni in questione, di proprietà degli enti locali, deve necessariamente essere «trasferito» al soggetto che assume la gestione del servizio. La seconda disposizione completa il quadro, prevedendo «l'obbligo di restituzione, alla scadenza dell'affidamento, delle opere, degli impianti e delle canalizzazioni del servizio idrico integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione».

8.2. - Le norme qui censurate e, in particolare, l'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009 (così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), si limitano a prevedere il «rispetto» del «principio» «di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche», senza assicurare in alcun modo la salvaguardia, né sotto il profilo formale né sotto il profilo sostanziale, della proprietà pubblica delle «infrastrutture idriche», le quali - come risulta testualmente dal citato art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 - ben possono essere di proprietà delle Regioni e degli enti locali ed essere, per ciò stesso, assoggettate al regime del demanio regionale o locale che l'art. 119, comma 6, Cost. riconosce e garantisce anche (e soprattutto) - come si è detto - nei confronti dello stesso legislatore statale.

Ciò da luogo a due distinte ed autonome questioni di legittimità costituzionale.

8.2.1. - Da un primo punto di vista, seguendo l'opzione interpretativa su cui si sono costruite le censure di cui ai precedenti parr. 5 e 6, è del tutto evidente che la normativa impugnata, imponendo agli enti locali di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica e, su questa base, rendendone obbligatorio l'affidamento della relativa gestione (infrastrutture comprese) a soggetti privati, ponendo altresì una clausola di salvaguardia a tutela della «piena ed esclusiva proprietà pubblica» a favore delle sole risorse idriche appartenenti al demanio statale, determina il sostanziale «svuotamento» della proprietà pubblica dei beni appartenenti al demanio idrico regionale e locale, beni che risulteranno, per espresso disposto del richiamato art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, necessariamente e ope legis «affidati in concessione d'uso gratuita» al gestore privato del servizio idrico integrato, in palese violazione di quanto disposto dall'art. 119, comma 6, Cost. E la conferma della correttezza di una simile lettura del dato normativo è rappresentata proprio dalla menzionata clausola di salvaguardia della proprietà pubblica delle risorse idriche che il legislatore

statale ha avvertito la necessita' di introdurre e che, ovviamente, risulterebbe del tutto inutile qualora la disciplina impugnata non implicasse quella sostanziale «espropriazione» a favore dei privati dei beni appartenenti al demanio idrico.

Da tutto cio' consegue, anche sotto il profilo della violazione dell'art. 119, comma 6, Cost., l'illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009 (cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), nella parte in cui esso impone di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, rendendo obbligatoria la scelta di una delle forme di gestione di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008.

8.2.2. - La disposizione qui censurata, peraltro, si rivela in contrasto con l'art. 119, comma 6, Cost. anche da un secondo punto di vista. Infatti, anche a voler accedere a quell'interpretazione costituzionalmente orientata secondo la quale la disciplina in esame non imporrebbe affatto di conformare il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica (con i relativi vincoli in ordine alle modalita' di gestione e al necessario affidamento a soggetti privati), la violazione della evocata norma costituzionale - posta a garanzia del patrimonio delle Regioni e degli enti locali territoriali - risulterebbe evidente per la mancata previsione di una specifica clausola di salvaguardia a favore della proprieta' pubblica delle infrastrutture idriche di cui le Regioni e gli enti locali siano in concreto titolari; clausola che, per essere effettiva e corrispondere alla norma costituzionale, non potrebbe limitarsi a fare salvo il solo profilo della titolarita' «formale» del bene, dovendo bensì consistere nella previsione della necessita' del consenso esplicito, da parte dell'ente titolare della proprieta' delle infrastrutture interessate dal servizio idrico integrato, rispetto alla scelta concernente l'eventuale conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica e il conseguente suo affidamento a soggetti privati.

Da tutto cio' consegue l'illegittimita' costituzionale dell'art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009 (cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 166 del 2009), anche nella parte in cui si limita a prevedere il «rispetto» del «principio» «di piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche», senza garantire, altresì, la salvaguardia della proprieta' pubblica regionale e locale delle «infrastrutture idriche», cosi' come individuate nell'art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, attraverso la previsione della necessita' del consenso esplicito, da parte dell'ente titolare della proprieta' delle infrastrutture interessate dal servizio idrico integrato, rispetto alla scelta concernente l'eventuale conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica e il conseguente suo affidamento a soggetti privati.

9. - Illegittimita' costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., il quale prevede che la potesta' legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario».

9.1. - L'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009, nella misura in cui impone la conformazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, con la conseguente applicazione dei principi del mercato interno e delle norme nazionali che attuano questi principi, e' inoltre incostituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., poiche' esso determina la violazione di quelle peculiari norme poste dal diritto comunitario

in relazione ai servizi di interesse generale.

Al riguardo, devono essere evocati, innanzi tutto, gli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già artt. 16 e 86 del Trattato CE).

Secondo la prima di queste due disposizioni, «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».

La seconda, invece, al par. 2, dispone quanto segue: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione». Da quanto precede risulta con chiarezza che, per perseguire gli obiettivi di coesione e solidarietà sociali, fatti propri anche dall'Unione europea, il diritto di questo ordinamento esclude che ai servizi di interesse generale debbano senz'altro applicarsi le norme del mercato interno. Viceversa, del tutto prioritario rispetto alla applicazione delle norme del mercato interno, è che i servizi di interesse generale siano effettuati in modo tale da raggiungere i risultati che con i medesimi ci si prefigge.

In particolare, l'art. 106 sopra citato evidenzia poi come le circostanze che determinano la possibilità che le norme pro concorrenziali del mercato interno pregiudichino il raggiungimento degli obiettivi di coesione sociale sottostanti al servizio di interesse generale possono essere sia di diritto, che di fatto: ciò mette bene in luce la assoluta predominanza, da un punto di vista assiologico, che nella materia considerata hanno gli obiettivi di coesione sociale sottostanti ai servizi di interesse generale: quali che siano le cause che impediscono al sistema concorrenziale di mercato di raggiungere in modo soddisfacente e generalizzato questi obiettivi, siano esse di diritto o di fatto, non devono essere applicate le norme del mercato interno a questi servizi.

La eccezionalità del trattamento giuridico dei servizi di interesse generale è confermata anche dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Libro bianco sui servizi di interesse generale - COM (2004) 374.

In questo documento, infatti, si evidenzia che «i servizi di interesse economico generale non sono soggetti alla applicazione delle norme del Trattato nella misura in cui ciò risulti necessario per consentire di adempiere il loro compito di interesse generale», il quale dunque «prevale (...) sull'applicazione delle norme del Trattato».

9.2. - Il servizio idrico integrato del quale in questa sede si discute è senz'altro annoverabile tra i servizi di interesse generale. A questa conclusione si giunge agevolmente ove si consideri, tra l'altro, la essenzialità di questo servizio per la stessa vita umana, e la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2006, che dichiara l'acqua «bene comune dell'umanità». Del resto, ciò risulta esplicitamente dal già citato Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale, nel quale, al par.

3.4, si menziona esplicitamente il servizio idrico tra i servizi di interesse generale.

9.3. - E' del tutto evidente che la disciplina in questa sede impugnata contrasta con le norme del diritto comunitario sopra richiamate, e dunque con l'art. 117, primo comma, Cost.

Ovviamente la Regione ricorrente non sostiene che, senz'altro, il servizio idrico integrato debba essere svolto in forme che prescindono dalle norme proconcorrenziali del mercato interno. In determinate circostanze, sara' ben possibile che gli obiettivi di coesione sociale connessi al medesimo siano efficacemente raggiunti anche in un sistema imperniato su tali norme. Cio' che nel presente ricorso si contesta, invece, e' che le norme impuginate, conformando il servizio idrico come servizio necessariamente a rilevanza economica, abbiano imposto la applicazione delle regole del mercato interno in via generale per tutto il territorio nazionale, prescindendo del tutto dalle diverse condizioni e circostanze che nelle diverse realta' possono ravvisarsi.

Particolare rilievo assume, da questo punto di vista, l'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale - come si e' gia' avuto modo di evidenziare - afferma che le ragioni che determinano il «fallimento del mercato» possono essere anche di carattere fattuale. E' del tutto ovvio che queste ragioni, di carattere fattuale, possono sussistere in alcune zone e non in altre. Cio' che risulta precluso dal diritto comunitario, dunque, non e' la scelta di un determinato modello per la conformazione dei servizi di interesse generale, ma la adozione di decisioni generalizzate che non siano in grado di tenere conto delle peculiarita' in cui i servizi devono essere svolti. Cio' risulta anche dal richiamato Libro bianco della Commissione europea sui servizi di interesse generale, ove, al par. 4.3 si afferma che «le autorità pubbliche competenti degli Stati membri sono sostanzialmente libere di decidere se fornire in prima persona un servizio di interesse generale o se affidare tale compito ad un altro ente (pubblico o privato)».

Questo approccio sostiene anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2006, la quale ritiene che la gestione delle risorse idriche debba basarsi «su un'impostazione partecipativa e integrata che coinvolga gli utenti e i responsabili decisionali nella definizione delle politiche in materia di acqua a livello locale e in modo democratico», evidenziando anche come il ruolo fondamentale in relazione alla gestione delle risorse idriche debba riconoscersi alle autorità locali.

In sintesi, la normativa impugnata con il presente ricorso viola i richiamati principi comunitari, e dunque l'art. 117, primo comma, Cost., perche' costituisce una decisione generalizzata e vincolante circa la conformazione del servizio idrico integrato nel senso della sua soggezione alle norme del mercato interno, impedendo in tal modo che la scelta su tale ultimo punto sia effettivamente adeguata alle circostanze di diritto, ma soprattutto di fatto, che caratterizzano le diverse realta' in cui il servizio e' chiamato ad esplicarsi e non consentendo, quindi, di raggiungere i fini di coesione sociale ad esso sottesi.

Puo' inoltre essere evidenziato come la tendenza che matura nel contesto delle istituzioni comunitarie sia esattamente opposta rispetto all'indirizzo del legislatore italiano. A questo riguardo, e' assolutamente significativa la Risoluzione dell'11 marzo 2004 del Parlamento europeo, la quale afferma che «essendo l'acqua un bene comune dell'umanita', la gestione delle risorse idriche non deve essere assoggettata alle norme del mercato interno». Se dunque nel diritto comunitario vigente esiste inequivocabilmente il principio che subordina l'applicazione delle norme del mercato interno alla

compatibilita', da valutare caso per caso anche in relazione alle circostanze di fatto, con il raggiungimento dei fini di coesione sociale, la linea che emerge dall'atto appena citato approfondisce questa logica, sostenendo addirittura il divieto dell'applicazione delle norme del mercato interno.

In base alle sopra esposte argomentazioni, la Regione ricorrente ritiene che debba essere riconosciuta, anche eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE al fine di acquisire l'interpretazione autentica del diritto comunitario vigente, l'illegittimita' costituzionale, sotto il profilo della violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di una normativa statale che limiti (fino sostanzialmente ad azzerarlo) il potere di scelta degli enti piu' vicini ai cittadini circa la modalita' di gestione del servizio idrico integrato costituita dal c.d. «in house providing» e che, comunque, sottragga a tali enti - avocandola, una volta per tutte, allo Stato - la decisione circa la conformazione del suddetto servizio, configurandolo necessariamente come attivita' a rilevanza economica ed imponendo, dunque, la applicazione delle norme pro concorrenziali del mercato interno.

E' peraltro evidente che tale questione di legittimita' costituzionale risulterebbe svuotata del suo significato ove questa Corte si risolvesse ad interpretare le disposizioni impugnate nel senso di ritenerle applicabili soltanto nel caso in cui sia stata compiuta l'opzione (affidata alla libera determinazione degli enti titolari dell'erogazione del servizio idrico integrato) a favore della conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica, senza pregiudicare dunque tale scelta, secondo quanto ipotizzato nel presente ricorso (par. 5.6).

P.Q.M.

La Regione Marche chiede, in accoglimento del presente ricorso, che sia dichiarata l'illegittimita' costituzionale dell'articolo 15, commi 1 e 1-ter, del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunita' europee), cosi' come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 20 novembre 2009, n. 166, nella parte in cui le citate disposizioni si applicano al servizio idrico integrato, nei termini sopra esposti.

Roma, addi' 20 gennaio 2010

Avv. Grassi

REGIONE PIEMONTE

N. 16 RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 29 gennaio 2010 .

(GU n. 10 del 10-3-2010)

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Piemonte).

Oggetto:

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a società mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilità dell'affidamento "in house" ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Applicazione necessaria della disciplina anche al servizio idrico integrato - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, indebita limitazione della autonomia regionale e degli enti locali in materia di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, indebita previsione di disciplina puntuale e dettagliata, indebita disposizione e svalutazione del patrimonio degli enti locali - Ricorso della Regione Piemonte - Denunciata violazione dell'autonomia regionale e degli enti locali, violazione della competenza legislativa regionale, violazione dei principi di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza, di proporzionalità ed adeguatezza, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie.

Norme Impugnate

	Num.	Art.	Co.	Nesso
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	
legge 20/11/2009	166			modificative dell'
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	
decreto legge 25/09/2009	135	15	1	convertito con modificazioni
decreto legge 25/06/2008	112	23		convertito con modificazioni
legge 06/08/2008	133			

Parametri costituzionali

	Num.	Art.	Co.	Nesso
Costituzione				5
Costituzione				23
Costituzione				42
Costituzione				114
Costituzione				117 1
Costituzione				117 2
Costituzione				117 3
Costituzione				117 4
Costituzione				117 6
Costituzione				118
Costituzione				3
Costituzione				97
decreto legislativo 18/08/2000	267	113		
legge regionale Piemonte 13/12/1997	13			
legge regionale Piemonte 24/10/2002	24			
Trattato CE				5

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 29 gennaio 2010 , n. 16

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 29 gennaio 2010 (della Regione Piemonte).

Enti locali - Servizi pubblici locali di rilevanza economica - Disciplina della scelta della forma di gestione del servizio e delle procedure di affidamento dello stesso, al dichiarato fine di adeguamento alle norme comunitarie - Previsione quali forme ordinarie di gestione, che non necessitano di motivazione, dell'affidamento in concessione a terzi e dell'affidamento a societa' mista (c.d. esternalizzazioni) - Possibilita' dell'affidamento «in house» ai soli casi espressi in via di eccezione - Previsione di puntuale e dettagliato regime transitorio con imposizione agli enti territoriali di cedere quote societarie ai privati - Applicazione necessaria della disciplina anche al servizio idrico integrato - Lamentata insussistenza di normativa comunitaria limitativa del diritto di ogni amministrazione di erogare direttamente i servizi pubblici, indebita limitazione della autonomia regionale e degli enti locali in materia di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali, indebita previsione di disciplina puntuale e dettagliata, indebita disposizione e svalutazione del patrimonio degli enti locali - Ricorso della Regione Piemonte - Denunciata violazione dell'autonomia regionale e degli enti locali, violazione della competenza legislativa regionale, violazione dei principi di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza, di proporzionalita' ed adeguatezza, violazione del vincolo di osservanza delle norme comunitarie.

- Decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, art. 15, comma 1, lett. b) e d) (modificative dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133), e comma 1-ter.

- Costituzione, artt. 3, 5, 23, 42, 97, 114, 117, primo, secondo, terzo, quarto e sesto comma, e 118; d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113; legge della Regione Piemonte 13 dicembre 1997, n. 13; legge della Regione Piemonte 24 ottobre 2002, n. 24; trattato CE, art. 5.

Ricorso per la Regione Piemonte, in persona della sua Presidente, prof.ssa Mercedes Bresso, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dal Prof. Roberto Cavallo Perin del Foro di Torino e dal Prof. Alberto Romano del Foro di Roma, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Sanzio n. 1, in forza di procura speciale a margine del presente ricorso per la dichiarazione di illegittimita' costituzionale dell'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 24 novembre 2009, n. 274, S.O.

Fatto

1. La l. 20 novembre 2009, n. 166 ha convertito in legge il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 il cui art. 15 modifica ed integra la precedente disciplina di legge statale in materia di servizi pubblici locali (art. 23 bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133) che l'odierna esponente Regione Piemonte aveva impugnato innanzi alla Corte costituzionale con il ricorso in via principale n. 77/08.

In particolare con la nuova legge statale (art. 15, co. 1°, lett. b, d.l. n. 135 del 2009, cit.) si e' voluto rafforzare l'ipotesi limite di una disciplina nazionale di «integrale concorrenzialita'» imponendo comunque di rivolgersi al mercato per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali, anche nella forma della societa' a capitale misto pubblico-privato per la quale s'impone una gara per la scelta del socio privato che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualita' di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche «specifici compiti operativi», chiarendo anche letteralmente «l'eccezzionalita'» di ogni diversa forma di affidamento e gestione, in particolare quella cd. in house providing di derivazione europea.

Per il servizio idrico integrato l'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit. afferma la necessita' di affidamenti con «autonomia gestionale del soggetto gestore», ferma restando la «piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche» e con «governo» delle stesse in capo «alle istituzioni pubbliche», chiamate a garantire - non da oggi - il «diritto alla universalita' ed accessibilita' del servizio» pubblico stesso.

L'indicata legge statale giunge addirittura a stabilire un'anticipata cessazione di tutti gli affidamenti in essere di servizi pubblici locali in house providing legittimi perche' conformi alla stessa disciplina europea, assieme agli illegittimi affidamenti in house o ad impresa terza (art. 15, co. 1°, lett. d), d.l. n. 135 del 2009, cit.).

La Regione Piemonte ritiene che tali disposizioni di legge statale ledano la propria sfera di competenza legislativa stabilita in Costituzione e pertanto propone ricorso ex art. 127, Cost., per le seguenti ragioni in

Diritto

1. Violazione dell'art. 5, art. 114, art. 117, co. 1°, 2°, 4°, 6°, art. 118, art. 97 ed art. 3, Cost.; difetto di tutela della concorrenza; violazione della residua competenza legislativa regionale da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. b, cosi' come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nonche' dell'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.

A) «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di societa' in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunita' europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicita', efficacia, imparzialita', trasparenza, adeguata pubblicita', non discriminazione, parita' di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalita'; b) a societa' a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento» (art. 15, co. 1°, lett. b, d.l. n. 135 del 2009, cit. che cosi' sostituisce l'art. 23 bis, co. 2°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

La legge statale qui impugnata soggiunge che l'affidamento diverso da quello «ordinario» - tra cui spicca la forma di gestione denominata in house providing - puo' essere adottato solo «in deroga alle modalita' di affidamento ordinario di cui al comma 2, per

situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», precisando che si deve trattare di affidamento in «favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta «in house» e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che così sostituisce l'art. 23 bis, co. 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Il legislatore statale dunque riconosce che le indicate forme di gestione ed affidamento dei servizi pubblici (soggetto scelto con gara, organizzazione in house providing) sono conformi all'ordinamento europeo ed in particolare alla disciplina sulla concorrenza, ma con la norma nazionale giunge sino ad individuare come forma preferenziale «ordinaria» l'affidamento del servizio ad imprese terze con gara o a società mista il cui socio privato sia scelto con gara che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualità di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche «specifici compiti operativi», mentre relega la possibilità dell'affidamento in house ai soli casi ivi espressi in via d'eccezione, superando con ciò la stessa disciplina comunitaria in materia di concorrenza, nonostante che la stessa abbia creato l'istituto giuridico dell'in house providing come senz'altro compatibile con l'ordinamento comunitario ed i suoi principi.

In tal senso non vale ricordare che in un caso si è ritenuto che taluna legislazione nazionale in materia di tutela dell'ambiente abbia potuto individuare misure più rigorose di quelle previste dal diritto comunitario, poiché ciò è stato possibile nei soli limiti di un rispetto del principio di proporzionalità con altre disposizioni del Trattato (Corte di Giustizia Ce, 14 aprile 2005, in causa C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz) tra le quali assume particolare importanza la disciplina a tutela della concorrenza.

B) La potestà legislativa in Italia si esercita «nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, co. 1°, Cost.), in particolare il vincolo si afferma anche nell'esercizio della potestà statale esclusiva in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e), Cost.), anzi è proprio con riferimento alla regolamentazione del mercato unico europeo che la legislazione statale italiana non può che configurarsi in attuazione della disciplina europea.

Il mercato unico europeo infatti è concettualmente possibile e concretamente si è affermato solo riconoscendo un'unitaria disciplina da parte dell'Unione europea, che deve trovare attuazione negli Stati membri attraverso norme di principio o di dettaglio, siano esse del Trattato o più di frequente in norme di regolamento o di direttive comunitarie, con conseguente impossibilità per gli Stati membri d'introdurre legislazioni ispirate da un indirizzo politico nazionale e perciò differenziate tra gli Stati membri, neppure configurando l'ipotesi limite di una disciplina nazionale di «integrale o totale concorrenzialità».

Non appare infatti possibile confondere il principio di concorrenza posto dal Trattato dell'Unione europea, che disciplina i comportamenti delle amministrazioni pubbliche una volta che abbiano deciso di rivolgersi al mercato delle imprese, con l'idea di prevalenza o preferenza per il mercato nell'organizzazione dei servizi pubblici indicata dalla disciplina statale in esame, nella

quale l'in house providing e' configurata come un residuo negletto o un cattivo surrogato.

Questa configurazione offusca, sovvertendolo, il principio di liberta' degli individui o di autonomia - del pari costituzionale - degli enti territoriali (artt. 5, 117, 118, Cost.) di mantenere la capacita' di operare ogni qualvolta la scelta che ritengono piu' opportuna: cioe' se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico.

Autonomia e relativa capacita' di scelta discrezionale che implicano anche la possibilita' di non voler correre l'avventura ed il conseguente rischio di un affidamento a terzi in un tempo di cattivo mercato economico e finanziario.

In tal senso si e' peraltro espresso da tempo l'ordinamento comunitario che ha ritenuto in contrasto con la disciplina europea sulla concorrenza la legge nazionale sui lavori pubblici (allora l. 11 febbraio 1994, n. 109, art. 21) che aveva limitato la scelta tra i due criteri europei d'aggiudicazione degli appalti - offerta economicamente piu' vantaggiosa e prezzo piu' basso - imponendo il vincolo legislativo «alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo piu' basso» (Corte di Giustizia Ce, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, Sintesi s.p.a. c. Autorita' per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e Ingg. Provera e Carassi S.p.a.).

L'ordinamento europeo ha ritenuto che l'imposizione leda la discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, in particolare la possibilita' «di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio piu' idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (Corte di Giustizia Ce, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, cit., § 40), ma ancor prima per l'impossibilita' istituzionale di una disciplina interna differenziata «in termini non espressamente consentiti» dal diritto comunitario (cfr. conclusioni Avv. Gen. Stix-Hackl 1° luglio 2004, in causa C-247/02, § 65).

L'indicato orientamento - che trova ragione giuridica nella stessa nozione di mercato unico il quale istituzionalmente comporta una regolazione omogenea sulla concorrenza fra gli Stati membri - e' del pari quello della Corte costituzionale italiana espresso proprio con riferimento alla nozione di «concorrenza» ex art. 117, co. 2, lett. e), Cost. la quale non puo' non riflettere «quella operante in ambito comunitario» con la conseguenza che la normativa interna «si uniforma» a quella comunitaria (Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401) di cui costituisce attuazione.

E' noto che le norme d'attuazione non esprimono un indirizzo politico proprio dell'organo o soggetto che le pone, ma recepiscono quello altrui che e' inderogabilmente stabilito nelle norme di cui sono appunto l'attuazione, ed in tal senso si e' affermato l'orientamento di codesta Corte costituzionale con riferimento alla potesta' legislativa regionale d'attuazione delle leggi statali (previgente art. 117, ult. co., Cost.; ma vedi anche Statuto Sardegna, art. 5, lett. d); Statuto Friuli-Venezia Giulia, art. 6, n. 3). Si e' chiarito che l'attuazione puo' comportare solo «l'adozione di norme esecutive (secundum legem)», con l'impossibilita' di spingersi sino a norme «integrative (praeter legem), tali cioe' da ampliare, senza derogarli, i contenuti normativi espressi attraverso la legislazione» da attuare (Corte cost., 8 maggio 1990, n. 227) ed a fortiori si soggiunge che «il potere di emanare norme d'attuazione esclude la facolta' di apportare deroghe o modificazioni» (Corte cost., 12 aprile 1990, n. 181, cui adde Id., 16 marzo 1990, n. 122 e 24 ottobre 2001, n. 344).

D) L'indicata chiarezza di nozioni assume rilievo nel caso in esame con riferimento al rapporto fra disciplina comunitaria in materia di concorrenza e l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. il quale esprimendo una prevalenza o preferenza per il mercato nell'organizzazione della gestione del servizio pubblico locale risulta in contrasto con l'indirizzo comunitario sulla concorrenza e conseguentemente con l'ambito riservato alla disciplina nazionale la quale non può non essere considerata che d'attuazione o ricezione di tale indirizzo europeo (art. 117, co. 2°, lett. e), Cost.).

Nessuna delle disposizioni comunitarie vigenti infatti impone - come invece pretende la legge statale in esame (art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.) - agli Stati membri l'attribuzione ad imprese terze come forma ordinaria o preferenziale di affidamento dei servizi pubblici locali, relegando ai soli casi d'eccezione il ricorso alla diversa ed alternativa forma dell'in house providing. Al contrario si può affermare che la legislazione comunitaria lasci gli Stati membri liberi di decidere se fornire i servizi pubblici con un'organizzazione propria (cosiddetto in house providing) o affidarne la fornitura ad imprese terze. L'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. e' disciplina statale che esorbita e dunque non trova fondamento nella riserva costituzionale alla legislazione statale esclusiva della materia «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e), Cost.), quest'ultima intesa come disciplina d'attuazione della normativa comunitaria in materia (art. 117, co. 1°, Cost.).

E) La forma di gestione denominata in house providing trova ragione in quell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria che ha introdotto un'ulteriore ipotesi di organizzazione a fianco dell'organismo di diritto pubblico, anch'essa sottoposta alla disciplina prevista per lo «Stato e gli enti pubblici territoriali» (artt. 86 e 87, Trattato). Tale forma di gestione e' espressione del potere d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni: il legame che unisce l'amministrazione territoriale all'ente in house providing vale ad escludere l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica ed a giustificare l'affidamento diretto dei servizi all'organizzazione in house che, pur formalmente esterna rispetto all'amministrazione controllante, e' dall'amministrazione strettamente controllata in ragione del requisito del «controllo analogo» e della destinazione prevalente all'amministrazione controllante dell'attività svolta dalla controllata.

Per tali due essenziali ragioni l'organizzazione in house e' dalla giurisprudenza comunitaria sottratta alla disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (Corte di Giustizia Ce 17 luglio 2008, in causa C-371/05, Commissione Ce c. Repubblica Italiana), proprio perché questi e' parte dell'organizzazione della controllante, non può svolgere attività per il mercato in via prevalente, sicché non può essere considerata un'impresa di terzi, dunque non e' mercato.

Organizzazione in house che da tempo l'ordinamento italiano assume quale forma di gestione ed affidamento del servizio unitamente a quelle realizzate da società scelta con gara e da società mista (art. 113, co. 5°, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). Anche nell'ordinamento interno la nozione di «controllo analogo» e' riferita alla struttura, ai poteri di comando riconosciuti ai soci pubblici, al contesto istituzionale e di mercato in cui gli stessi operano. L'eventuale parcellizzazione delle quote di capitale sociale, pur non impedendo il permanere di un rapporto in house providing tra l'ente affidatario ed i soci affidanti, impone che a questi ultimi siano attribuiti poteri di comando e d'organizzazione idonei a condizionare le scelte del produttore in house con necessita' di verificare (e provare) l'esistenza di poteri analoghi a quelli che gli enti affidanti hanno verso i propri servizi. Resta

fermo che il rapporto in house providing giova solo alle amministrazioni aggiudicatrici che partecipino al controllo analogo, mentre ad altri enti pubblici - seppur partecipi al capitale sociale - e' precluso senza gara ogni affidamento all'organizzazione in house.

F) Osservata la disciplina sulla concorrenza, l'opzione tra modalita' di gestione del servizio pubblico locale tra esse alternative e' una tipica scelta d'organizzazione, in particolare di buon andamento del servizio pubblico (art. 97, co. 1°, Cost.), che proprio in quanto organizzazione locale e non nazionale dei servizi oggetto della disciplina dell'art. 15, d.l. 135 del 2009, cit., non puo' riconoscersi alla legislazione statale, ma spetta alla legislazione regionale ai sensi dell'art. 117, co. 4°, Cost. seppure nel rispetto di una eventuale specifica disciplina degli enti territoriali minori (art. 117, co. 6°, Cost.), con conseguente illegittimita' costituzionale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove - esprimendo una prevalenza o preferenza ordinaria dell'affidamento ad imprese terze - pone norme sull'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

E' noto che alle Regioni e' riconosciuta la legittimazione ad impugnare le leggi statali in via diretta non solo a tutela della propria legislazione ma anche con il riferimento alla prospettata lesione da parte della legge nazionale della potesta' normativa degli enti territoriali, con affermazione della Regione come ente di tutela avanti alla Corte costituzionale del «sistema regionale delle autonomie territoriali» (art. 114, co. 2°, Cost.) che e' stato riconosciuto sia in generale (Corte cost., 17 maggio 2007, n. 169, 21 marzo 2007, n. 95, 14 novembre 2005, n. 417, 28 giugno 2004, n. 196), sia con specifico riferimento alla disciplina statale dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272, § 4).

A conferma delle indicate conclusioni vale la sentenza Corte costituzionale 16 novembre 2009, n. 307 che per materia di competenza residuale propria delle Regioni («servizi pubblici locali») ha riconosciuto alle stesse d'affermare nei confronti dello Stato un'unica modalita' d'affidamento e gestione di servizio pubblico locale (in quel caso, gara per l'affidamento del servizio idrico integrato ad impresa terza), sicche' - a maggior ragione - non si potrebbe precludere alle stesse Regioni di mantenere per il proprio territorio l'opzione organizzativa tra modalita' di gestione alternative, comunque conformi all'ordinamento europeo cui sono vincolati lo Stato e le Regioni nell'esercizio delle rispettive competenze legislative (art. 117, co. 1°, Cost.).

G) La violazione della competenza degli enti territoriali sull'organizzazione degli stessi anche con riferimento ad enti strumentali controllati da tali enti territoriali o a partecipazioni di minoranza (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) appare ancora piu' odiosa ove si rivela fortemente limitativa della concorrenza la stessa imposizione per la scelta del socio privato di societa' mista di una gara che abbia ad oggetto «al tempo stesso» la qualita' di socio di capitale in misura minima predefinita (almeno «il 40%» del capitale sociale) ma anche specifici compiti operativi (come appalti di servizi a favore dell'istituenda societa' mista).

Sono ammessi a partecipare alla gara solo coloro che - imprenditori o raggruppamenti di essi - siano capaci al tempo stesso di offrire una partecipazione finanziaria ed un servizio, lavoro o fornitura alla societa' mista, impedendo in via generale ed astratta ogni diversa articolazione della gara nella scelta di soggetti che intendano partecipare alla societa' mista.

La norma viola la competenza d'organizzazione degli enti territoriali escludendo non solo che questi possano rivolgersi al

mercato al solo fine di reperire una partecipazione finanziaria alla societa' mista, cioe' un finanziamento al capitale sociale del gestore che risulti utile alla gestione del servizio stesso, ma anche - con gare separate - di prevedere l'indicata partecipazione finanziaria distinta dalla gara - condotta dalla societa' mista - volta ad ottenere sul mercato i migliori produttori di lavori servizi o forniture, perche' gia' oggetto della gara congiunta imposta dalla norma statale qui impugnata che in violazione dell'art. 117, co. 2°, lett. e, co. 4° e co. 6°, Cost. restringe la platea dei possibili concorrenti alla gara in modo affatto irragionevole (arg. ex art. 3, co. 2°, Cost.).

Non si nega qui che la soluzione indicata dalla norma statale impugnata sia talvolta di grande utilita' per gli enti territoriali e che in tal caso la conformita' alla disciplina sulla concorrenza imponga che la procedura di gara deve prevedere sin dall'origine il doppio oggetto o veste (di socio della mista e di appaltatore della mista), ma che con norma generale e astratta si possa imporre un'unica soluzione organizzativa di partenariato pubblico privato (PPP), con scelta irragionevole perche' limitativa della concorrenza tra i produttori, trasformando una soluzione d'eccezione nell'unica possibile.

E' noto infatti che la forma della societa' a capitale misto pubblico-privato puo' essere configurata: a) sia come invito a terzi ad acquisire unicamente una partecipazione azionaria nel capitale sociale (partecipazione finanziaria al capitale di rischio), b) oppure la stessa partecipazione a carattere industriale (per cessione o acquisto di know how), c) oppure come invito a partecipare all'aggiudicazione di alcune parti del servizio che vede come corrispettivo una partecipazione azionaria alla societa' mista, eventualmente integrata da un corrispettivo in danaro.

H) L'illegittimita' costituzionale per violazione delle indicate norme e principi costituzionali s'afferma anche per l'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit. che per il servizio idrico integrato - con formulazione singolare - richiede affidamenti con «autonomia gestionale del soggetto gestore» ferma restando «la piena ed esclusiva proprieta' pubblica delle risorse idriche» ove s'interpreti la disposizione («autonomia gestionale del soggetto gestore») a conferma della pretesa d'imporre con legge statale alle Regioni ed agli enti locali una prevalenza o preferenza per il mercato anche nell'organizzazione della gestione di tale servizio.

I) L'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit., non puo' trovare la propria fonte di legittimazione nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2°, lett. m), Cost.), perche' occorre ricordare che la stessa disciplina statale (art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.; art. 23-bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.) e' in tutto o in parte sostitutiva dell'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. (cfr. in particolare art. 23 bis, co. 11°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), sicche' e' agevole concludere anche per le disposizioni in esame quanto e' stato riferito alle preesistenti, le quali sono state ritenute estranee alla indicata materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali poiche' hanno ad oggetto unicamente le forme di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica e non le prestazioni che tali forme giuridiche - una volta prescelte - debbono assicurare agli utenti (Corte cost., sent. n. 272 del 2004, cit., § 3).

Ne' rileva la potesta' esclusiva statale in materia di «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Citta' metropolitane» (art. 117, co. 2°, lett. p) «giacche' la gestione dei predetti servizi non puo' certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (Corte cost., sent. n. 272 del 2004,

cit., § 3).

2. Violazione dell'art. 117, co. 1°, 2°, 3°, 4; Cost. e degli artt. 3 e 97, Cost.; violazione della competenza legislativa regionale; violazione dei principi costituzionali di autorganizzazione e di buon andamento dell'amministrazione, di autonomia normativa nella disciplina delle funzioni, di ragionevolezza da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. b, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

A) L'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. qui oggetto di impugnazione - dopo avere indicato come forma prevalente («in via ordinaria») il solo affidamento del servizio pubblico locale ad imprese terze o a società a capitale misto pubblico privato (nuovo art. 23 bis, co. 2°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) - ribadisce che la forma di gestione denominata in house providing può essere adottata dall'ente locale solo «in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo art. 23 bis, co. 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Si prevede inoltre che solo in tale ultimo caso «l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» decorso i quali «il parere, se non reso, s'intende espresso in senso favorevole» (nuovo art. 23 bis, co. 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Le indicate norme di legge statale che disciplinano l'affidamento del servizio pubblico locale nella forma organizzativa dell'in house providing risultano inoltre lesive della competenza delle Regioni e degli enti locali ove le s'intenda come disciplina ulteriore rispetto a quella generale sul procedimento amministrativo che da tempo prevede il dovere di motivazione degli atti amministrativi (art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241), secondo molti posto in attuazione del principio costituzionale di motivazione delle scelte della amministrazioni pubbliche quanto meno nella cura di pubblici interessi (art. 97, Cost.).

Trovandosi infatti la pubblica amministrazione locale a scegliere tra le forme individuate dalla legge come tra esse alternative per l'affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico locale, non vi è dubbio che occorra dare una congrua ed esaustiva motivazione sia della scelta di rivolgersi al mercato, cioè ad un'impresa terza (anche per l'acquisto della qualità di socio di società mista) osservando la disciplina sulla concorrenza, sia ove vengano scelti altri strumenti d'organizzazione del servizio pubblico locale ritenuti conformi alla disciplina comunitaria, tra i quali è noto l'affidamento in house providing.

Le disposizioni poste dall'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove intese come in deroga alla disciplina generale sul procedimento e sulla motivazione degli atti amministrativi sono da ritenersi in violazione del principio di ragionevolezza (arg. ex art. 3, co. 2°, Cost.), poiché non è ravvisabile nel caso in esame alcun interesse pubblico prevalente capace di fondare sia l'esenzione dal generale dovere di motivazione per l'affidamento ad imprese terze o a società mista, sia viceversa la limitazione dei casi sui quali può essere portata la motivazione a fondamento di altre soluzioni organizzative, in particolare per l'in house providing.

Fuori da tali ipotesi l'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. si risolve in una serie di disposizioni che limitano i presupposti di affidamento in house della gestione dell'organizzazione dei servizi pubblici «locali» degli enti territoriali, con una cieca preferenza per il mercato, invadendo per ciò la competenza normativa di Regioni ed enti territoriali minori (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.) sull'autonoma definizione del buon andamento dell'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

L'invasione nella sfera di competenza regionale e degli enti territoriali minori e' addirittura enfatizzata dalla precisazione che le indicate disposizioni (art. 23 bis co. 2°, 3°, 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit. così come sostituiti dall'oggi impugnato art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit.) «prevalgono» su tutte le «discipline di settore con esse incompatibili» (cfr. l'art. 23 bis, co. 1°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), dunque su tutte le discipline di settore regionali, in particolare quelle della Regione Piemonte sul servizio idrico integrato (l.r. 13 dicembre 1997, n. 13) e sul sistema integrato di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani (l.r. 24 ottobre 2002, n. 24) che non limitano affatto la scelta tra le forme di gestione dei servizi compatibili con il diritto comunitario.

Ne deriva quindi che l'intervento legislativo statale costituisce insanabile lesione della sfera di competenza della Regione Piemonte con illegittimità costituzionale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. ove preclude alla Regione ogni scelta d'organizzazione su un punto qualificante della disciplina dei servizi pubblici locali (regionali e degli altri enti territoriali), in particolare impedendo alla Regione di stabilire e disciplinare una previa valutazione comparativa da parte dell'amministrazione fra tutte le possibili opzioni per la scelta della forma di gestione.

B) Non e' da escludere che dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. si possa offrire un'interpretazione adeguatrice capace di sorreggere una sentenza interpretativa di rigetto della questione di costituzionalità proposta ove s'intenda che tali disposizioni non derogano alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, dovendo l'amministrazione motivare qualunque scelta della forma di gestione del servizio pubblico locale, attraverso una comparazione tra tutte quelle compatibili con l'ordinamento comunitario ed offrendo infine la giustificazione in concreto della forma prescelta, secondo un'interpretazione che espunge dalle norme qualsiasi preferenza o prevalenza in astratto di una forma di gestione sull'altra.

C) Permetterebbe comunque l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. (ove sostituisce l'art. 23 bis, co. 3 e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), per avere il legislatore statale invaso la sfera di competenza normativa della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi nella definizione dello svolgimento delle funzioni loro attribuite (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.) poiché una parte della norma prevede una disciplina particolare del procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato, tra cui l'in house providing.

In particolare l'art. 15, co. 1° lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit., impone una specifica disciplina generale ed astratta dei presupposti di affidamento in house del servizio pubblico locale di rilevanza economica, con il riferimento esclusivo a «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo co. 3°, art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.). Dispone inoltre una particolare attività istruttoria avente ad oggetto - una

specifica «analisi di mercato» su cui offrire una congrua motivazione ed addirittura una specifica «adeguata pubblicita'» (nuovo co. 4°, art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

E' infine data ancora una triplice prescrizione, del tutto particolare e specificamente dedicata al procedimento di affidamento della gestione a soggetti diversi dagli operatori di mercato - tra cui l'in house providing. Anzitutto l'invio all'Autorita' garante della concorrenza e del mercato di una «relazione contenente gli esiti dell'intervenuta analisi di mercato», sulla quale deve intervenire un «singolare» parere preventivo dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato, «da rendere «entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione» (nuovo art. 23 bis, co. 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.), innovando la disciplina generale sull'attivita' consultiva dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato che prevede unicamente un'attivita' consultiva facoltativa, su richiesta delle amministrazioni o su iniziativa dell'Autorita' stessa (art. 22, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

Non solo l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit. e' viziato d'illegittimita' costituzionale parziale per avere invaso la sfera di competenza normativa della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi nella definizione dello svolgimento della funzione d'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (art. 117, co. 4° e 6°, Cost.), ma cio' e' avvenuto con norme di dettaglio cosi' puntuali che non sarebbero neppure compatibili per una competenza esclusiva dello Stato (v. infra § n. 3) e in violazione del principio di ragionevolezza (arg. ex art. 3, co. 2, Cost.) poiche' della legge impugnata non si comprendono le ragioni di una disciplina differenziata per l'ambito locale dei pubblici servizi rispetto a quella generalmente prevista per l'Autorita' garante della concorrenza e del mercato ed in genere per le autorita' di regolazione.

3. Violazione dell'art. 117, co. 1°, 2°, 3°, 4°, Cost. con riferimento agli artt. 114, 117, co. 6°, e 118, co. 1° e 2°, Cost.; violazione dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. b, cosi' come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, nonche' dell'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.

A) Da tempo la Corte costituzionale ha riconosciuto che «le Regioni sono legittimate a denunciare la legge statale per la violazione di competenze degli enti locali» poiche' di per se' tale violazione e' «potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (Corte cost. 17 maggio 2007, n. 169, 21 marzo 2007, n. 95, 14 novembre 2005, n. 417, 28 giugno 2004, n. 196; Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, § 4).

E' l'autonomia costituzionale propria e dell'intero sistema degli enti locali che la Regione Piemonte intende oggi difendere di fronte ad un nuovo intervento legislativo statale che vorrebbe limitare la capacita' d'organizzazione e di autonoma definizione normativa dello svolgimento delle funzioni di affidamento dei servizi pubblici locali, la stessa autonomia di Regioni, Province, Citta' metropolitane e Comuni (art. 114, Cost.) che e' riconosciuta anche dall'Unione Europea (art. 5, Trattato).

Il cosiddetto valore costituzionale o materia trasversale «tutela della concorrenza» presuppone anche per il legislatore nazionale l'esistenza di un mercato quale oggetto di tutela (Corte di Giustizia Ce, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, ANAV c. Comune di Bari), definizione di mercato che pero' non raggiunge gli spazi interni dell'organizzazione pubblica (Corte costituzionale, 15 novembre 2004, n. 345; Id., 26 gennaio 2004, n. 36).

La scelta delle forme di gestione ed affidamento del servizio pubblico deve informarsi - entro i limiti della disciplina sulla concorrenza - a valutazioni d'efficienza, efficacia ed economicità che ciascuna organizzazione pubblica non può che esprimere con riferimento ai proposti standard di qualità che intende offrire agli utenti, involgendo perciò questioni di pura autorganizzazione degli enti territoriali, della cui autonomia vi è diretto fondamento costituzionale (art. 5, 114, 117, co. 4°, 6°, art. 118, Cost.)

B) Nel contesto dell'ordinamento italiano e' incostituzionale un'interpretazione dell'ordinamento europeo nel senso di una «concorrenzialità totale» che ritenga sempre imposto alle Regioni ed agli enti locali l'attribuzione dei propri servizi ad imprese terze e riduca le altre forme e tra queste il cd. in house providing - di derivazione comunitaria - a mera ipotesi d'eccezione in presenza di determinate situazioni da motivare puntualmente (art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che sostituisce l'art. 23 bis, co. 2°, 3° e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit., nonché - per il servizio idrico integrato - l'art. 15, co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.).

La disciplina statale qui impugnata (art. 15, co. 1°, lett. b), e co. 1° ter, d.l. n. 135 del 2009, cit.) incide direttamente nella materia di competenza legislativa regionale del buon andamento dell'amministrazione nella gestione dei servizi pubblici locali (art. 117, co. 4°, 6°, art. 118, art. 97, Cost.), ma addirittura perviene a limitare la capacità d'autorganizzazione della Regione e degli stessi enti territoriali, comprimendo illegittimamente l'autonomia pubblica conferita ad essi dalla Costituzione italiana (artt. 114, 117, 118, co. 1° e 2°, Cost.).

La garanzia costituzionale delle Regioni e degli altri enti territoriali (in particolare, Comuni e Province) non può tollerare dunque alcun obbligo di legge statale di preferenza verso «l'esternalizzazione» dei servizi pubblici locali, disciplinando direttamente l'organizzazione di quest'ultimi invece che la propria amministrazione pubblica (Corte cost. 16 gennaio 2004, n. 16; Id., 27 luglio 2004, n. 272).

La legislazione statale può legittimamente imporre una determinata forma di gestione di un servizio pubblico solo procedendo in via preliminare ad avocare allo Stato la competenza sull'organizzazione della gestione dei servizi sinora considerati locali (es. idrico integrato, raccolta dei rifiuti solidi urbani) sul presupposto che l'esercizio unitario di tali servizi sia divenuto ottimale solo a livello d'ambito statale (art. 118, co. 1°, Cost.).

La disciplina in esame pertanto e' da ritenersi costituzionalmente illegittima per difetto di tale qualificazione nazionale dei servizi che restando locali per sua espressa qualificazione (cfr. l'art. 15, d.l. n. 135 del 2009, cit., in rubrica, co. 1°, ecc.) segnano la denunciata invasione della sfera di competenza normativa in materia d'organizzazione e svolgimento delle funzioni della Regione Piemonte e degli enti territoriali piemontesi, poiché nega illegittimamente l'autonomia costituzionale di tali enti nel suo nucleo imprescindibile della capacità di darsi un'organizzazione idonea a soddisfare i bisogni sociali del suo territorio, cioè della popolazione residente che ne e' l'elemento costitutivo, ed in particolare per la Regione Piemonte si evidenzia la diretta lesione della propria potestà legislativa residuale (art. 117, co. 4°, Cost.) in materia di buon andamento dell'organizzazione dei servizi pubblici locali (regionali e degli altri enti territoriali) ove e' precluso alla Regione ogni spazio di regolazione in ordine alla scelta - preliminare e fondamentale - se rivolgersi al mercato (imprese terze) oppure a ciò che mercato non e' (in house providing).

4. Violazione dell'art. 117, co. 2°, Cost. con riferimento all'art. 3, Cost.; difetto comunque di proporzionalità ed adeguatezza della disciplina statale ove la stessa sia ritenuta a tutela della concorrenza da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. b), così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, 2°, 3° e 4°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

A) La Corte costituzionale ha riconosciuto che solo le disposizioni di legge statale a «carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (in specie art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.) trovano il proprio «titolo di legittimazione» nell'art. 117, co. 2°, lett. e), Cost. («tutela della concorrenza») e «solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit.).

La Corte ha sottoposto tali disposizioni di legge statale a scrutinio in ragione del criterio di proporzionalità ed adeguatezza che è «essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla «tutela della concorrenza» e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali» poiché tale materia «trasversale» «si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit. cui adde Id., sent. n. 401 del 2007, cit.).

Scrutinio all'esito del quale la Corte costituzionale ha annullato l'art. 113, co. 7°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. ove definiva i criteri di aggiudicazione della gara per l'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica con disposizione «dettagliata ed autoapplicativa», «integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale» la quale realizzava «una illegittima compressione dell'autonomia regionale» in quanto l'intervento legislativo statale risultava «ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza» (Corte costituzionale, sent. n. 272 del 2004, cit.).

Il legislatore statale all'art. 113, co. 7°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit., poi dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale, autoqualificava le proprie disposizioni come «integrative delle discipline di settore», a fortiori il ragionamento d'illegittimità può essere esteso alla legge statale qui impugnata (d.l. n. 135 del 2009, cit. art. 15, co. 1°, lett. b) poiché - essendo confermata la «prevalenza» delle indicate disposizioni statali sulle leggi regionali (cfr. l'immutato art. 23 bis, co. 1°, secondo periodo, d.l. n. 112 del 2008, cit.) - configura molto più di una «integrazione» trattandosi di vera e propria sostituzione della disciplina preesistente settoriale di fonte regionale o locale.

A maggior ragione, dunque, le disposizioni della legge statale in esame (art. 15, co. 1°, lett. b), d.l. n. 135 del 2009, cit. che sostituisce l'art. 23 bis, co. 2°, 3° e 4°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) ledono l'autonomia regionale o degli enti territoriali piemontesi ove si ritenga che esse costituiscano esercizio di potestà esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e, Cost.), con conseguente loro illegittimità costituzionale.

Occorre infatti riconoscere che il d.l. n. 135 del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. b), pone una disciplina immediatamente autoapplicativa ove senz'altro pone un criterio o principio di preferenza nell'attribuzione ad imprese terze dei servizi pubblici locali poiché la qualifica senz'altro come forma «ordinaria» (nuovo art. 23 bis, co. 2° e 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.) e riduce le

altre soluzioni organizzative compatibili con l'ordinamento comunitario - in particolare l'in house providing - a mere eccezioni determinando puntualmente e tassativamente le «situazioni eccezionali» che sole possono giustificare tale forma di gestione: «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (nuovo art. 23 bis, co. 3°, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Elencazione minuziosa che tuttavia non contempla le ragioni d'organizzazione che possono assumere interesse per l'affidamento di un determinato servizio pubblico locale, sicuramente per il servizio idrico integrato ove i diversi segmenti di acquedotto, fognatura e depurazione debbono essere riuniti in ciclo completo delle acque secondo la ratio della disciplina di settore (prima l. 5 gennaio 1994, n. 36, poi d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che da tempo impone il superamento della frammentazione per segmenti e per territorio nell'erogazione del servizio, ai fini del raggiungimento di una gestione del servizio idrico integrato che sia capace di riunire in dimensioni sovracomunali il ciclo delle acque.

Proprio le ragioni organizzative (riunificazione del ciclo completo delle acque in capo ad unico gestore) - fra le altre - hanno reso necessario l'affidamento del servizio idrico integrato ad organizzazioni in house providing nel territorio della Regione Piemonte (cfr. deliberazioni Autorita' d'Ambito n. 3 «Torinese» 27 maggio 2004, n. 173 e 13 dicembre 2007 n. 296, con cui si e' affidato alla societa' a capitale interamente pubblico SMAT s.p.a. - ai sensi dell'art. 113, co. 5°, lett. c), d.lgs. n. 267 del 2000, cit. - la titolarita' della gestione del servizio idrico integrato per la totalita' dell'ambito territoriale ottimale n. 3 «Torinese»).

5. Violazione dell'art. 5, art. 23, art. 42, art. 114, art. 117, co. 2° e 6°, art. 118, Cost. anche con riferimento all'art. 3, Cost. da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. d, cosi' come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, co. 8°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

A) Le «gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta «in house» cessano, improrogabilmente e senza necessita' di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011», con possibilita' di proseguire sino «alla scadenza prevista dal contratto di servizio» purché «entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalita' di cui alla lettera b) del comma 2», cioe' con una gara che abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualita' di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (art. 15, co. 1°, lett. d), d.l. n. 135 del 2009, cit., che cosi' sostituisce l'art. 23 bis, co. 8°, lett. a, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Tale disposizione transitoria viola l'autonomia costituzionale della Regione Piemonte e degli enti locali (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) ove dispone senz'altro e senza indennizzo alcuno (artt. 23 e 42, Cost.) del patrimonio legittimamente realizzato o acquisito dagli enti stessi con l'affidamento a societa' a totale capitale pubblico in house providing della gestione di servizi pubblici locali, in conformita' sia all'ordinamento comunitario sia a quello interno (ex art. 113, co. 5°, lett. c, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.).

La lesione s'afferma in ragione di una generalizzata cessazione anticipata al 31 dicembre 2011 disposta ex lege per tutti gli affidamenti in house providing, anche di quelli effettuati dagli enti territoriali in conformita' all'ordinamento comunitario e italiano,

con grave svalutazione dei valori di mercato dei corrispettivi di cessione delle partecipazioni a causa della simultanea attuazione su tutto il territorio nazionale dell'alienazione del 40% di un numero rilevante di società in mano agli enti locali, che - unitamente agli affidamenti illegittimi - per il solo servizio idrico integrato ammontano a circa n. 60 complessi aziendali, di cui alcuni con valorizzazioni patrimoniali di notevole consistenza (Torino, Milano, Bologna, le Regioni Puglia e Sardegna, ecc.).

La disposizione è ancor più lesiva della competenza degli enti territoriali ove della stessa non si riesca ad individuare alcun significato ragionevole, poiché - per la prima volta in modo inequivoco (art. 35, l. 28 dicembre 2000, n. 448; art. 14, co. 1°, d.l. n. 269 del 2003; art. 15, d.l. n. 223 del 2006; art. 23 bis, co. 8°, di. n. 112 del 2008, cit.; art. 113, c. 15° bis, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.) - non solo dispone la cessazione degli affidamenti in house providing illegittimi ma anche di quelli legittimi (differenziando la sola scadenza ex lege di un anno: 31 dicembre 2010 - 31 dicembre 2011), non solo tratta allo stesso modo gestioni da poco iniziate (meno di due anni) con quelle pluridecennali, ma non si è affatto curata di «scaglionare» nel tempo il preferito ricorso al mercato con grave svalutazione dell'indicata consistenza patrimoniale.

Non ha avuto mai il conforto della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, né di codesta Corte costituzionale il dubbio che l'art. 22, co. 3°, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142, oppure il successivo art. 113, co. 5°, lett. c, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. dedicati alle società in house providing potessero essere in contrasto con l'ordinamento comunitario o interno sulla concorrenza, con conseguente irragionevolezza dell'anticipata cessazione di quelli conformi a tale disciplina al pari degli affidamenti illegittimi, siano essi quelli che non rispettano i caratteri essenziali dell'in house providing («controllo analogo sulla società» ed «attività prevalente a favore dei controllanti»), siano essi quelli effettuati a terzi in difformità dalla disciplina sulla concorrenza.

C) Ancor più la disposizione - abrogando la disciplina preesistente che disponeva la cessazione al 31 dicembre 2006 e per il solo servizio idrico al 31 dicembre 2007 di tutti gli affidamenti difformi dalla disciplina italiana ed europea sulla concorrenza - ha statuito di ulteriormente prorogare per quattro o tre anni tali illegittimi affidamenti (che «cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante»: nuovo art. 23 bis, co. 8°, lett. e, d.l. n. 112 del 2008, cit., così come sostituito dall'art. 15, co. 1°, lett. d, d.l. n. 135 del 2009, cit.)

La disposizione è ancor più lesiva della competenza degli enti territoriali ove della stessa non si riesce ad individuare alcun significato ragionevole, perché realizza una sanatoria ex lege di affidamenti illegittimi lesivi della concorrenza che la stessa legge qui impugnata proclama di voler riaffermare, anche di quelli più eclatanti in difetto di ogni evidenza pubblica, ivi compresi quelli già oggetto di una sentenza di annullamento non ancora passata in giudicato, persino ove sia stata incidentalmente contornata da una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Disposizione ancora più singolare ove si pensi che l'ennesima norma di favore per gli affidamenti disposti in violazione proprio della disciplina italiana ed europea sulla concorrenza (d.l. n. 135 del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. d), segue a disposizioni (anch'esse qui impuginate) che dichiarano apertamente l'affermazione di un indirizzo politico di «ultra concorrenzialità» (d.l. n. 135

del 2009, cit., art. 15, co. 1°, lett. b).

6. Violazione dell'art. 5, art. 114, art. 117, co. 2° e 6°, art. 118, Cost. anche con riferimento all'art. 3, Cost. da parte del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, co. 1°, lett. d, così come conv. dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, che sostituisce l'art. 23 bis, co. 8°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

«Le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011» (art. 15, co. 1°, lett. d, d.l. n. 135 del 2009, cit. che introduce il nuovo art. 23 bis, co. 8°, lett. b, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Tale disposizione transitoria cancella d'un tratto la legittimità secondo il diritto nazionale di tutte le gestioni di servizio pubblico in capo a società mista ove la gara per la scelta del socio privato - pure avvenuta con procedura conforme all'ordinamento europeo ed italiano - abbia avuto ad oggetto unicamente la partecipazione finanziaria, con acquisto di quote di capitale, eventualmente accompagnate da patti parasociali allegati ai bandi gara per l'individuazione di taluni amministratori in accordo con il socio pubblico, non importa ora se minoritario o prevalente.

La violazione della competenza degli enti territoriali sull'organizzazione degli stessi anche con riferimento ad enti strumentali controllati da tali enti territoriali o a partecipazioni di minoranza (artt. 5, 114, 117, co. 6°, 118, Cost.) appare ancora più odiosa ove determina una svalutazione del patrimonio degli enti stessi imponendo con norma transitoria l'impossibilità di proseguire comunque tali gestioni, fermo restando la possibilità di una nuova gara ma con il vincolo della partecipazione di terzi che si vuole necessariamente congiunta allo svolgimento di specifici compiti operativi.

P. Q. M.

La Regione Piemonte, così come sopra rappresentata e difesa, insta affinché la Corte costituzionale voglia accogliere le seguenti conclusioni:

dichiarare l'illegittimità costituzionale del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, art. 15, comma 1 e 1-ter, convertito in legge con modificazioni dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, per violazione degli artt. 5, 23, 42, 114, 117, co. 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, e 118, Cost., anche con riferimento agli artt. 3 e 97, Cost.

Roma-Torino, addì 21 gennaio 2010

Prof. Alberto Romano

Prof. Roberto Cavallo Perin