



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Le società in house al vaglio della Corte Costituzionale

Prime note alla sentenza n. 325/10.

di Massimo Buonauro

Sommario: 1. Inquadramento sistematico – 2. Disciplina della gestione dei servizi pubblici locali – 3. Precedente in materia: sentenza 272/04 – 4. Contenuto della sentenza 325/10 – 5. Conclusioni

1. Inquadramento sistematico

Con la sentenza n. 325 del 2010, la Corte Costituzionale, si è nuovamente pronunciata sulla normativa dei servizi pubblici locali e sulle società in house.

La Corte, infatti, si è espressa sull'articolo 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra finanziaria d'estate)¹, a seguito del ricorso di legittimità costituzionale in via principale promosso da alcune Regioni.

Le Regioni ricorrenti ponevano a fondamento delle proprie richieste la mancanza di competenza del legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali, in particolare in tema di **Servizi Idrici Integrati, assumendo che la norma statale censurata violasse le proprie competenze.**

Il Giudice delle Leggi, dopo aver respinto i rilievi sollevati dalle Regioni ricorrenti avverso l'articolo 23-bis del D.L. n. 112 del 2008 e quindi averne ribadito la legittimità costituzionale, ha accolto quello promosso nei confronti del comma 10, lettera a) dello stesso

¹ La disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, come prevista dall'art. 23-bis in oggetto, è stata riformata con lo scopo di favorire la più ampia e diffusa attuazione del principio della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi da parte degli operatori economici, in attuazione anche della disciplina stabilita dall'ordinamento comunitario.

articolo, ovvero la parte in cui prevede che la potestà l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di Stabilità Interno.

Nella sentenza in esame la Corte procede, in primis, ad una attenta disamina in generale della disciplina della materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali e delle società in house ed in particolare del rapporto della stessa con l'ordinamento comunitario.

In seguito nella sentenza si passa ad esaminare e valutare le competenze regionale o statale su tale settore, nonché la competenza regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei Servizi Pubblici Locali.

La Corte Costituzionale già precedentemente era intervenuta nella materia della gestione dei servizi pubblici locali con la sentenza n. 272 del 27 Luglio 2004, nonché con la sentenza n. 29 del 1 Febbraio 2009.

La sentenza n. 272/2004, in particolare, rappresenta un basilare e fondamentale precedente in tema tanto che la sentenza n. 325 del 2010 in esame ne riprende i passaggi essenziali e più volte nella motivazione la richiama².

2. Disciplina della gestione dei servizi pubblici locali

L'articolo 23-bis del D.L n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2008 n. 133, attualmente modificato dall'art. 15 D.L. 135/09 convertito con la legge 166/09, costituisce il vigente referente normativo della materia della gestione dei servizi pubblici.

Tale norma rappresenta l'ultima di un serie alluvionale di normative che hanno disciplinato tale materia, oggetto negli ultimi anni di una stratificazione a tratti anodina di riforme³.

La ragione principale del continuo intervento del legislatore su tale argomento è rappresentata dall'adeguamento alle disposizioni comunitarie della normativa nazionale, che nelle prime formulazioni si poneva in contrasto con la stessa.

² Il richiamo alla sentenza della Corte Cost. n. 272/2004 è stato effettuato anche dalla sentenza, in materia di servizi pubblici locali (in particolare il servizio mensa), del Consiglio di Stato n. 6529 del 10 Settembre 2010.

³ Il titolo V del TUEL, che contiene la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali è stato oggetto di diverse modifiche apportate da: a) art. 35 della L. 448/2001 (Finanziaria 2002); b) D.L. 269/2003, convertito in L. 326/2003; c) L. 350/2003 (Finanziaria 2004); d) e, poi, il D.L n. 112/2008, convertito in L. 133/2008, attualmente modificato dall'art. 15 D.L. 135/09 convertito con la L. 166/09, di cui in testo.

Le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali precedentemente erano disciplinate dall'art. 113 del D.Lgs 267/00 (Testo Unico degli enti locali).

Tale norma stabiliva (e stabilisce, come si vedrà, nei limiti della compatibilità con l'art. 23-bis del D.L. 112/2008) che la titolarità di tali servizi poteva essere conferita:

- a) a società di capitali individuate attraverso gare ad evidenza pubblica;
- b) a società miste con soci privati scelti sulla base di procedure ad evidenza pubblica;
- c) a società (c.d. in house) con capitale interamente pubblico.

In questo ultimo caso, anche a seguito di puntuali e precettive indicazioni giurisprudenziali⁴, il conferimento era consentito purché tali società svolgessero la parte più importante della loro attività con l'ente pubblico titolare del capitale sociale e che quest'ultimo esercitasse su di esse un controllo analogo alla gestione diretta.

L'art. 23-bis del D.L. 112/08 ha ora fissato la nuova disciplina di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica prevedendo, in sintesi, che:

- l'affidamento dei Servizi Pubblici Locali in via ordinaria avviene mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, che siano in particolari rispettose dei principi comunitari in materia (imparzialità, non discriminazione, trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento, efficacia, economicità etc...);
- l'affidamento diretto, ovvero senza gara ad evidenza pubblica, della gestione dei Servizi Pubblici Locali a società miste il cui socio privato sia scelto mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica costituisce un caso di conferimento della gestione in via ordinaria, alla duplice condizione che la procedura di gara riguardi non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio" e che al socio privato sia attribuita una percentuale non inferiore al 40%;
- inoltre, l'affidamento diretto (novità principale) in deroga ai conferimenti effettuati in via ordinaria (affidamento cd. in house) richiede una previa pubblicità adeguata e una motivazione di detta scelta da parte dell'ente in base ad una "analisi di mercato", oltre alla trasmissione di una relazione dell'ente affidante all'Autorità garante della concorrenza per un parere obbligatorio ma non vincolante.

⁴ Corte di Giustizia Europea 18 novembre 1999, causa C-107/98, c.d. Sentenza Teckal, con la quale la Corte stabilisce che gli elementi del rapporto in house sono: a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su di esse un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi - b) che l'ente aggiudicatario svolga la maggior parte della sua attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza; Corte di Giustizia Europea 11 Gennaio 2005, causa C-26/03, secondo cui per aversi controllo analogo è necessario la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico; Corte di Giustizia Europea 13 Ottobre 2005, causa C-107/98, c.d. Sentenza Parking Brixen, la quale rileva quale elemento principale del rapporto in house non solo la partecipazione al 100% dell'ente pubblico ma anche la possibilità di influire nelle decisioni fondamentali della società.

Tale affidamento rappresenta una eccezione al sistema ordinario in quanto è possibile ricorrere a tale opzione allorché sussista l'ulteriore presupposto che sussistano "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettano un efficace ed utile ricorso al mercato";

- ancora, molto importante, l'articolo 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000, TUEL, è abrogato nelle parti incompatibili con la disciplina recata dal citato articolo 23 bis.

In attuazione, poi, di tale articolo, come dallo stesso previsto, è stato approvato il Decreto del Presidente della Repubblica recante lo specifico regolamento in materia di servizi pubblici locali⁵.

Detto Regolamento, in sintesi:

- esclude dalla sua applicazione i servizi del gas, dell'energia elettrica, del trasporto ferroviario regionale, delle farmacie comunali e quelli strumentali;
- ribadisce la proprietà pubblica delle risorse idriche;
- stabilisce che entro il 26.10.11 gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione consorziale; disciplina le procedure di affidamento;
- prescrive che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con regolamento, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi.

3. Precedente in materia: sentenza 272/04

Come già evidenziato in precedenza, la Corte già era stata chiamata a pronunciarsi ed era intervenuta sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, principalmente da un lato in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni e dall'altro in ordine al rapporto della disciplina nazionale con la disciplina comunitaria.

Il principale precedente (leading case) è rappresentato dalla sentenza 272/04.

Con la sentenza n. 272 del 2004 la Corte Costituzionale aveva dichiarato illegittimo il comma 7 dell'art. 113 del D.Lgs 267/00, Testo Unico degli enti locali (articolo che disciplinava i servizi pubblici locali di rilevanza economica), laddove richiedeva che le gare per l'aggiudicazione della titolarità dei servizi di rilevanza economica dovevano essere improntati agli standards qualitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti

⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168, approvato e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 del 2010, vigente dal 27 ottobre 2010

dalla competente autorità o, in mancanza, dagli enti locali (individuando poi con precisione i criteri per l'aggiudicazione).

La Consulta aveva rilevato che, proprio perché tale norma era estremamente dettagliata nonché auto applicativa, essa finiva per comprimere l'autonomia delle Regioni, invece, alle quali spetta la competenza legislativa della normativa di dettaglio.

Per quanto concerneva le altre previsioni dell'art. 113 del Tuel il Giudice delle leggi aveva ribadito la legittimità delle stesse: veniva giustificato l'intervento statale rilevando che la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica afferisce alla materia della tutela della concorrenza e dunque rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 comma 2 Cost.

Sempre con tale sentenza la Corte, inoltre, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 113-bis del D.lgs 267/00 (TUEL) (articolo che disciplinava i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), in quanto, avendo ad oggetto i servizi privi di rilevanza economica e non esistendo in riferimento a questi un mercato concorrenziale, gli stessi non potevano essere sottoposti alla potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza.

4. Contenuto della sentenza della Corte Costituzionale

Preliminarmente va evidenziato che nella formulazione della sentenza 325/10 il dispositivo, nella parte di rigetto, non fa riferimento alla motivazione⁶.

Da tale circostanza ne deriva che la sentenza in esame non può considerarsi una sentenza interpretativa di rigetto: la Corte, dunque, non ha inteso fornire una lettura interpretativa, compatibile con la Costituzione, della norma ritenuta illegittima⁷.

La sentenza si presenta molto complessa e corposa in quanto numerosi sono i rilievi di incostituzionalità sollevati dalle Regioni ricorrenti e, quindi, affrontati dalla Corte.

La Corte Costituzionale, nell'esaminare i rilievi di illegittimità costituzionale promossi dalle Regioni, ha svolto rilevanti riflessioni circa la materia dei servizi pubblici locali ricostruendone gli elementi fondanti.

⁶ Si ritiene, infatti, che il criterio che caratterizza le cd. sentenze interpretative di rigetto è il richiamo del dispositivo alla motivazione. La formula di rito utilizzata normalmente per tali tipologie di sentenze è: "La Corte dichiarata non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità dell'art. ...".

⁷ RESCIGNO G. - U., Corso Di Diritto Pubblico - ZANICHELLI EDITORE, pagg. 474 e ss.

In primis la Consulta affronta il rapporto tra la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali ricavabile dall'ordinamento dell'Unione Europea e quella dettata dalle norme italiane.

A tal proposito la Corte afferma che la disciplina nazionale non costituisce nè violazione nè applicazione necessitata della normativa comunitaria ed internazionale, ma è semplicemente con questa compatibile.

La disciplina italiana rappresenta, infatti, una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'articolo 117 Cost., che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

La Corte, replicando al rilievo delle Regioni secondo cui la normativa in materia sarebbe stata incostituzionale perché contrastante con l'ordinamento comunitario, afferma che, in particolare, la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale.

Conseguentemente, lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei Servizi Pubblici Locali ed ha, perciò, emanato una normativa che prevede tale divieto.

La Corte Costituzionale, poi, affronta la questione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Come già espresso in precedenti sentenze (in particolare, come visto, nella sentenza n. 272/04), il Giudice delle Leggi ribadisce che le norme in tema di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano nella competenza esclusiva statale in quanto afferiscono essenzialmente alla materia della tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato.

Proprio il riferimento alla tutela della concorrenza rappresenta il principale parametro costituzionale che permette di ritenere legittime le norme statali in tale materia.

Alla luce di questi principi e di queste riflessioni, la Corte Costituzionale respinge i diversi rilievi che le Regioni ricorrenti hanno sollevato, in ordine alla mancanza della competenza statale in materia di gestione dei servizi pubblici, avverso l'articolo 23-bis del D.L. n. 112 del 2008, ribadendo la legittimità costituzionale del medesimo.

La Corte, tuttavia, accoglie i rilievi nei confronti del comma 10, lettera a) dello stesso articolo.

La Consulta, infatti, dichiara l'illegittimità costituzionale del citato articolo 23-bis, comma 10, lett. a), nella parte in cui prevede l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di Stabilità Interno.

Tale dichiarazione determina conseguentemente l'illegittimità dell'articolo 5 del d. P. R. 7 settembre 2010, n. 168, Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, il quale costituisce, nello specifico, attuazione di tale comma.

In ordine alla pronuncia di illegittimità, la Corte afferma che l'ambito di applicazione del Patto Di Stabilità Interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (Corte Costituzionale sentenza n. 284/2009; Corte Costituzionale n. 237/ 2009; Corte Costituzionale n. 267/2006), la quale rientra nella competenza legislativa concorrente (art. 117 comma 3 Cost.) e non nella competenza legislativa esclusiva statale.

Di conseguenza lo Stato sulla stessa non ha potestà regolamentare in quanto questa è attribuita, ai sensi dell'art. 117 sesto comma, soltanto per la materie in cui la Stato ha competenza esclusiva⁸.

In coerenza a tali riflessioni, il Giudice delle leggi ritiene, invece, infondata la questione sollevata con riguardo al medesimo comma, nella parte in cui stabilisce la potestà regolamentare a prescrivere alle società in house e alle società a partecipazione mista pubblica e privata di osservare procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale.

La Corte ha ritenuto, infatti, che tale disposizione rientri nella materia della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato, perché è finalizzata ad evitare che, nel caso di affidamenti diretti, si possano determinare distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato nella fase, successiva all'affidamento del servizio, dell'acquisizione degli strumenti necessari alla concreta gestione del servizio stesso

Inoltre la medesima disposizione, secondo la Corte, può ritenersi compresa nella materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato: si giunge a tale conclusione in quanto la norma in esame impone alla particolare categoria di società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi pubblici locali una specifica modalità di conclusione dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale.

Nella sentenza, inoltre, viene dalla Corte affrontata questione se allo Stato competa, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta «rilevanza economica».

⁸ BARBERA A. – FUSARO C., Corso~ Di~ Diritto~ Pubblico – IL MULINO EDITORE, in tema di potestà regolamentare e del rapporto della stessa con la potestà legislativa.

A tal proposito la Consulta, dopo aver richiamato una nozione di “rilevanza economica” ricavabile dall’ordinamento comunitario⁹, rileva che va preso atto che detta nozione, al pari di quella omologa di «interesse economico» propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell’ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi (come, del resto, esplicitamente affermato dal comma 1 dell’art. 23-bis).

Di conseguenza la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di «tutela della concorrenza», ai sensi del secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost.

Poiché, poi, l’ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell’interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell’ordinamento comunitario nel promuovere l’applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio.

5. Conclusioni

Dalla analisi di questa sentenza della Corte Costituzionale emerge come il sistema di competenze legislative tra Stato e Regioni, come strutturato dall’art. 117 Cost., modificato nel 2001 (con la L. Cost. 3/2001, cui ha fatto seguito la L. 131/2003, c.d. legge la Loggia), presenti alcuni profili di criticità sia in riferimento agli elementi funzionali sia in riferimento a quelli strutturali a cominciare dalla classificazione delle materie.

Siffatta analisi di sfondo riceve puntuale ed autorevole conferma dalla circostanza che diventa fondamentale, per consentire al sistema di riparto delle competenze legislative di risolvere le questioni più complicate, il ricorso alla ammissione dell’esistenza di materie c.d. trasversali¹⁰.

⁹ Secondo la corte, con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l’attività svolta sia da considerare economica bisogna verificare la sussistenza di uno scopo lucrativo, l’assunzione dei rischi dell’attività e l’incidenza del finanziamento pubblico; nel caso, invece, in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l’affidamento della sua gestione – occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell’apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell’ente al riguardo.

¹⁰ Il concetto di materie trasversali, individuato dalla dottrina, è stato più volte ribadito dalla Corte Costituzione (ex multis Corte Costituzionale n. 282/2002; Corte Costituzionale n. 378/2008)

Vi sono delle fattispecie, infatti, in cui il riferimento operato dall'art. 117 non è ad una materia in senso stretto, quanto piuttosto ad una competenza del legislatore statale che è idonea ad investire tutte le materie (per ciò trasversale, nel senso che su di essa insistono diversi interessi), rispetto alle quali il legislatore appunto deve poter porre le norme necessarie ed unitarie.

Tali competenze (quali ad es. la tutela dell'ambiente, l'ordinamento civile, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ...) consentono di fornire un presupposto di legittimità costituzionale all'intervento dello Stato anche in ipotesi in cui è dubbia la competenza statale.

Difatti, laddove la Corte è riuscita a far rientrare la disciplina statale dei servizi pubblici nell'ambito della materia della tutela della concorrenza (che essendo la *grundnorm* del "sistema mercato" rientra tra le principali materie c.d. trasversali¹¹) è stato possibile ritenere costituzionalmente legittimo l'intervento statale.

Come già evidenziato nella premessa, questo ragionamento, nella sua struttura e nel suo fondamento, era stato già svolto nella sentenza n. 272/04 e rappresenta anche la modalità per far sì che lo Stato, in via indiretta, assicuri l'adeguamento alla normativa comunitaria della materia dei servizi pubblici locali.

In particolare, può evidenziarsi come interesse dello Stato è anche quello assicurare che la normativa della materia in esame rispetti il principio della libera concorrenza, richiesto in maniera inderogabile dall'ordinamento comunitario.

Anche tale prospettiva può essere richiamata per ribadire la legittimità dell'intervento statale nella disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, oltre alla "trasversalità" della materia della tutela della concorrenza, nella quale gli stessi rientrano.

Quando non è stato possibile far rientrare l'oggetto della normativa statale nell'ambito della tutela della concorrenza (come nel caso in esame in tema di Patto di Stabilità Interno, ritenuto attinente alla materia del coordinamento della finanza pubblica), la Corte si è dovuta pronunciare per l'illegittimità della disciplina prevista dalla normativa statale.

La scelta di direzione operata dalla Corte induce ad avanzare più di una perplessità e qualche dubbio circa il rapporto fondativo che il rispetto della stabilità assume nei confronti del sistema mercato e, a cascata, rispetto alla tutela della concorrenza: la stabilità potrebbe essere ritenuta un prerequisito affinché possa sussistere un mercato di libera concorrenza.

¹¹ La concezione della tutela della concorrenza quale materia trasversale deriva da una nozione estesa della stessa: essa va intesa non solo in un senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in una accezione dinamica (ricorrente nell'ordinamento comunitario), secondo cui sono giustificati interventi statali e misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni per lo sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.

