

Considerata l'estensione della sentenza in oggetto, al fine di favorire la focalizzazione dei profili giuridici di maggiore rilevanza e lo sviluppo di un ragionamento collettivo, invio un primo "estratto funzionale" della sentenza. Ovviamente l'estratto non è esaustivo ma consente di orientarsi all'interno delle maglie del lungo pronunciamento della Corte Costituzionale. Se si evidenziano importanti nodi non riportati nell'estratto procediamo alle relative integrazioni.

Avv. Paolo Cognini

CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA 325/2010

ESTRATTO FUNZIONALE

1

Il primo nucleo tematico attiene alla ricostruzione del rapporto tra la disciplina dei SPL ricavabile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea dell'autonomia locale e quella dettata con le disposizioni censurate.

Tale ricostruzione è necessaria al fine di valutare le opposte prospettazioni delle parti, secondo le quali le particolari - e più restrittive rispetto alla legislazione italiana anteriore - condizioni fissate dal censurato comma 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (sia nella versione originaria che in quella vigente) per l'affidamento in house dei servizi pubblici locali, costituirebbero una obbligatoria applicazione (secondo la difesa dello Stato) oppure una violazione (secondo le ricorrenti) del diritto dell'Unione.

Secondo alcune ricorrenti, le suddette disposizioni, ponendosi in contrasto con la normativa comunitaria ed internazionale, violano il primo comma dell'art. 117 Cost., là dove questo vincola la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

Secondo la difesa dello Stato, invece, la stessa formulazione del comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008... evidenzia che le disposizioni oggetto di censura, in particolare quelle relative all'affidamento in house dei servizi pubblici locali, costituiscono un'obbligatoria applicazione del diritto dell'Unione e non contrastano con la citata Carta europea dell'autonomia locale.

Nessuna di tali due opposte prospettazioni è condivisibile, perché le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili.

In ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione «servizio pubblico locale di rilevanza economica», ma solo quella di «servizio di interesse economico generale» (SIEG)... Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria... emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004. Lo stesso denunciato comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008... conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di «servizi di interesse generale in ambito locale» di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria.

Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un

servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»... b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni... Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

Per quanto qui interessa, la disciplina comunitaria del SIEG e quella censurata del SPL divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla suddetta regola. Occorre pertanto accertare se le differenze tra le due discipline siano tali da far venir meno, come sostengono le Regioni ricorrenti, la loro compatibilità. Tale accertamento, come si vedrà in seguito, avrà esito negativo.

Una prima differenza è rappresentata dalla gestione diretta del SPL da parte dell'autorità pubblica. La normativa comunitaria la ammette nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico.

In tale ipotesi l'ordinamento comunitario... si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto". La censurata disciplina nazionale, invece, rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale; divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002) e art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326. Da quanto precede, è dunque evidente che: a) 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; b) 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 SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto.

Una seconda differenza riguarda l'affidamento della gestione del servizio alle società miste, cioè con capitale in parte pubblico ed in parte privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato). La normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio (cioè senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società miste nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede sostanzialmente che tale socio sia un socio «industriale» e non meramente «finanziario»... senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato...

Anche il testo vigente dello stesso art. 23-bis è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, «in via ordinaria», ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato «avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica» e che a tale socio siano attribuiti «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio»... si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita «una partecipazione non inferiore al 40 per cento». Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad

evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.

Una terza differenza attiene alle ipotesi di affidamento diretto del servizio «in deroga» alle ipotesi di affidamento in via ordinaria (versione originaria dell'art. 23-bis), che si identificano nella gestione denominata in house

Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica... Nondimeno, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle suddette tre condizioni. Viceversa, il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto in house, la sussistenza delle suddette tre condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni: a) una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», con successiva trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), «non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato».

Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta - e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato -, ma neppure si pone in contrasto - come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti - con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri.

Per quanto attiene alla dedotta violazione della Carta europea dell'autonomia locale di cui alla legge n. 439 del 1989... La violazione della suddetta convenzione internazionale deriverebbe, secondo la prospettazione delle ricorrenti, dalla lesione dell'autonomia dell'ente pubblico... che sarebbe determinata dall'introduzione di vincoli e specifici aggravii procedurali in ordine alla scelta, da parte degli enti pubblici, di assumere essi stessi la gestione diretta del servizio idrico integrato, cioè di una delle funzioni fondamentali dei Comuni.

Il denunciato contrasto con detta Carta non sussiste per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, va rilevato che... già l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, nel sostituire l'art. 113 TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» (...poi definiti «di rilevanza economica» per effetto dell'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 2003...) ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell'ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre

2002. L'esclusione della gestione diretta non è dunque innovativamente disposta, ma solo mantenuta, dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, con la conseguenza che il denunciato contrasto con la Carta non è ipotizzabile rispetto alle norme censurate, ma solo, eventualmente, rispetto ai suddetti non censurati artt. 35 della legge n. 448 del 2001 e 14 del decreto-legge n. 269 del 2003.

In secondo luogo, va osservato che le ricorrenti prospettano la censura muovendo dal dichiarato presupposto che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali dell'ente pubblico ed assumono che tali funzioni siano specificamente tutelate dalla Carta. Tuttavia, proprio tale presupposto è privo di fondamento, perché, come questa Corte ha più volte affermato, detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004).

In terzo luogo, va evidenziato che gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitori... Inoltre, la stessa Carta, al comma 1 dell'evocato art. 4, afferma, con previsione di carattere generale, che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze.

2

Il secondo nucleo tematico attiene all'individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, si colloca la normativa denunciata:

se - come afferma lo Stato - nell'ambito costituzionale della tutela della concorrenza, o di altra competenza esclusiva statale, oppure - come afferma la maggioranza delle ricorrenti - nell'ambito della materia dei servizi pubblici locali, di competenza regionale residuale; o ancora, come afferma la Regione Marche, nell'ambito della potestà regolamentare degli enti locali di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; o infine, come afferma la Regione Puglia, nell'ambito della competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute e alimentazione...

In proposito, va ribadito che - come questa Corte ha più volte affermato - la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica... va ricondotta... all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza», prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.... Di conseguenza, con riguardo alla concreta disciplina censurata, la competenza statale viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza (sentenze n. 142 del 2010, n. 246 e n. 148 del 2009, n. 411 e n. 322 del 2008).

Con riferimento, poi, allo specifico settore del servizio idrico integrato, questa Corte - in applicazione dei suddetti principi e scrutinando la disciplina della determinazione della tariffa d'ambito territoriale ottimale - ha stabilito che la normativa riguardante l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito e alla determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di price cap (art. 148 del d.lgs. n. 152 del 2006) attiene all'esercizio delle competenze legislative esclusive statali nelle materie della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.) e dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.), materie che hanno prevalenza su eventuali competenze regionali, che ne risultano così corrispondentemente limitate. Ciò in quanto tale disciplina, finalizzata al superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, consente la razionalizzazione del mercato ed è quindi

diretta a garantire la concorrenzialità e l'efficienza del mercato stesso (sentenze n. 142 e n. 29 del 2010; n. 246 del 2009). Nella citata sentenza n. 246 del 2009 è stato ulteriormente precisato che la forma di gestione del servizio idrico integrato e le procedure di affidamento dello stesso, disciplinate dall'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, sono da ricondurre alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva statale...

3

Il terzo nucleo tematico - nel caso in cui si ritenesse sussistere la competenza esclusiva statale per la tutela della concorrenza - attiene alla valutazione della censura secondo cui la normativa denunciata violerebbe il principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità ed adeguatezza, e, per l'effetto, lederebbe la sfera di competenza legislativa o regolamentare riservata alle Regioni a statuto ordinario

...Per quanto riguarda la disciplina a regime, alcune ricorrenti assumono che essa, anche se ascrivibile alla materia «tutela della concorrenza», lede comunque la competenza residuale innominata delle Regioni in materia di servizi pubblici locali. In particolare, le ricorrenti deducono che la normativa censurata, nella parte in cui limita i casi in cui è consentito l'affidamento diretto in house, non è ragionevole, proporzionale o adeguata, perché: a) è normativa autoapplicativa e di dettaglio; b) pone vincoli ulteriori - e perciò ingiustificati - rispetto a quelli previsti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house.

Nessuno di tali rilievi è condivisibile.

Quanto al primo rilievo, va qui ribadita la giurisprudenza costituzionale, per la quale l'emanazione, nell'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, di una norma autoapplicativa e di dettaglio non integra alcuna violazione dei criteri di riparto costituzionale delle competenze legislative... Infatti questa Corte ha più volte rilevato che è ragionevole che norme in materia di tutela della concorrenza, al fine di meglio tutelare le finalità pro concorrenziali loro proprie, possano essere dettagliate ed autoapplicative (sentenze n. 148 del 2009; n. 320 del 2008; n. 431 del 2007).

Quanto al secondo profilo, non può accogliersi l'assunto delle ricorrenti, secondo cui l'unica disciplina della concorrenza che possa considerarsi proporzionale e adeguata è quella che non pone limiti (che non siano quelli evidenziati dalla giurisprudenza comunitaria) all'affidamento in house di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Al riguardo, va innanzitutto osservato che non appare irragionevole, anche se non costituzionalmente obbligata, una disciplina, quale quella di specie, intesa a restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house (cioè i casi in cui l'affidatario costituisce la longa manus di un ente pubblico che lo controlla pienamente e totalmente).

In secondo luogo, va rilevato che le norme censurate dalle ricorrenti non possono essere considerate sproporzionate od inadeguate solo perché, attraverso la riduzione delle ipotesi di eccezionale affidamento diretto dei servizi pubblici locali, rafforzano la generale regola pro concorrenziale, prescelta dal legislatore... l'ordinamento comunitario, in tema di tutela della concorrenza e, in particolare, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime.

In terzo luogo, deve essere sottolineato che la normativa censurata non impedisce del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua «speciale missione» pubblica... La stessa giurisprudenza ha tuttavia evidenziato che «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito» ha carattere «derogatorio e per ciò stesso eccezionale» e deve costituire «la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi» (sentenza n. 270 del 2010). Nella specie, intendendo contemperare la regola della massima tutela della concorrenza con le eccezioni derivanti dal perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale, il legislatore ha in effetti ponderato due diversi interessi: da un lato, quello generale alla tutela della concorrenza; dall'altro, quello specifico degli enti locali a gestire il SPL (tramite l'affidamento in house) nell'ipotesi in cui sia «efficace ed utile» il ricorso al mercato e non solo quando esso non sia possibile. Il bilanciamento tra tali interessi è stato attuato, in concreto, in modo non irragionevole, per un verso, consentendo alle società a capitale (interamente o parzialmente) pubblico, quando non ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio, al pari di ogni altro imprenditore o società (comma 1 dell'art. 23-bis); per altro verso, limitando l'affidamento in house alle ipotesi in cui, pur in presenza di un SPL di rilevanza economica, il ricorso al mercato per la gestione del servizio non è «efficace e utile» (comma 2 dell'art. 23-bis).

Tali conclusioni relative alla disciplina a regime influiscono sulla soluzione della questione posta dalle ricorrenti circa l'adeguatezza e la proporzionalità – dunque, la ragionevolezza – del regime transitorio stabilito dalla normativa denunciata.

Al riguardo, anche a non voler considerare che, in caso di successione di leggi, il legislatore ha ampia discrezionalità di modulare nel tempo la disciplina introdotta, con l'unico limite della ragionevolezza (ex plurimis, sentenza n. 376 del 2008; ordinanze n. 40 del 2009 e n. 9 del 2006), va comunque rilevato che, nel caso di specie, il margine temporale concesso dalla normativa censurata per la cessazione degli affidamenti diretti esistenti è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque, ragionevole... Tali ampi margini temporali assicurano una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma.

4

Il quarto nucleo tematico attiene alla individuazione della competenza regionale o statale nella determinazione della rilevanza economica dei SPL, cioè del presupposto stesso per l'applicazione della normativa relativa a tali servizi.

Tale problema, nella prospettiva della ricorrente Regione Marche, si pone anche nel caso in cui si ritenga che la suddetta normativa sia riconducibile alla materia della tutela della concorrenza e sia proporzionata ed adeguata...

..Una volta accertato che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientra nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato, resta ancora da verificare se allo Stato competa, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta «rilevanza economica» oppure se la decisione di attribuire al servizio locale una siffatta qualificazione sia riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all'ente locale. A tal fine è necessario, innanzitutto, valutare la portata della nozione di «rilevanza economica» nel sistema della normativa statale sui SPL; successivamente, individuare il fondamento costituzionale di tale

nozione e, infine, trarre le conclusioni in ordine alla competenza a determinare la sussistenza dell'indicata «rilevanza».

Dall'evidente omologia posta da tale articolo (ndr art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008) tra «servizi pubblici locali di rilevanza economica» e «servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» si desume, innanzitutto, che la nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» rimanda a quella, piú ampia, di «servizio di interesse economico generale» (SIEG), impiegata nell'ordinamento comunitario... In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale... e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi.

Se si ragiona sulla base di una siffatta ampia nozione comunitaria di interesse economico, è agevole rilevare che gli indici empirici di tale interesse - come lo scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico... possono essere utili solo con riferimento ad un servizio già esistente sul mercato, per accertare se l'attività svolta sia da considerare economica... Al contrario, nel diverso caso 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. È vero che il diritto comunitario lascia qualche spazio in materia alla scelta degli Stati membri, riservando loro, sia pure in via di eccezione, il potere di derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato, ove tali regole - salvo errori manifesti da parte degli Stati stessi - siano ritenute ostative al perseguimento della speciale missione e delle finalità sociali del servizio. Tuttavia, il potere di deroga presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso, esercitandosi tale potere proprio nell'ambito dei SIEG, e cioè di servizi che sono, per definizione ed obiettivamente, di «interesse economico» perché idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o in fieri.

Analogamente a quanto visto a proposito del diritto comunitario, le disposizioni censurate non fanno esclusivo riferimento ad un servizio locale operante in un mercato già esistente, ma riguardano servizi dotati di mera «rilevanza» economica e, quindi, anche servizi ancora da organizzare e da immettere sul mercato. Infatti, esse, in armonia con l'indicata nozione comunitaria di interesse economico, evidenziano le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di «rilevanza» economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici). Evidentemente, anche per il legislatore nazionale, come per quello comunitario, la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un

«mercato a monte», e cioè un mercato «in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi» agli utenti (così – si è visto al punto 6.1. – si esprime la Commissione europea nel citato Libro verde al punto 44).

Dall'evidenziata portata oggettiva delle nozioni in esame e dalla indicata sufficienza di un mercato solo potenziale consegue l'erroneità delle interpretazioni volte a dare alle medesime nozioni un carattere meramente soggettivo e, in particolare, di quell'interpretazione – fatta propria da alcune ricorrenti – secondo cui si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l'ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato.

Quanto al secondo profilo da esaminare, relativo al fondamento costituzionale della legge statale che fissa il contenuto della suddetta nozione oggettiva di «rilevanza economica», 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). Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, 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 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

Il quinto nucleo tematico ha per oggetto la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., sotto il profilo dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in relazione a quanto stabilito dal censurato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008

interpretato nel senso che la scelta dell'ente locale di procedere all'affidamento «in via ordinaria» dei SPL non è onerata di obblighi motivazionali analoghi a quelli previsti per l'affidamento «in deroga» (vale a dire, per l'affidamento in house).

La ricorrente lamenta, in sostanza, che le norme impugnate stabiliscono per l'ente affidante l'obbligo di motivare, in base ad un'analisi di mercato, solo la scelta di procedere all'affidamento in house del servizio pubblico (art. 23-bis, comma 3) e non quella di procedere all'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (art. 23-bis, comma 2); obbligo che sarebbe in contrasto con gli evocati parametri, perché ulteriore rispetto al generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi.

La questione è inammissibile.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, le Regioni sono legittimate a censurare le leggi dello Stato, mediante impugnazione in via principale, esclusivamente per questioni attinenti alla lesione del sistema di riparto delle competenze legislative, ammettendosi la deducibilità di altri parametri costituzionali soltanto ove la loro violazione comporti una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite (ex plurimis, sentenze n. 156 e n. 52 del 2010; n. 289 e n. 216 del 2008). Ne deriva – in relazione al caso di specie – l'inammissibilità della questione proposta, perché la prospettata violazione dell'obbligo di motivazione di cui agli artt. 3 e 97

Cost. non comporta una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, né ridonda sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. E ciò, a prescindere dalla considerazione che i parametri evocati non vietano che il legislatore stabilisca specifici obblighi di motivazione per le sole deroghe fondate sulle peculiari situazioni di fatto di cui al comma 3 e non per le situazioni ordinarie di cui al comma 2.

6

Il sesto nucleo tematico riguarda l'asserita irragionevole diversità di disciplina fra il servizio idrico integrato e gli altri servizi pubblici locali.

La Regione Piemonte (ricorso n. 77 del 2008) censura - sempre in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. - il comma 10 dell'art. 23-bis, nel testo originario, sul rilievo che esso rinvia a regolamenti governativi la disciplina transitoria dei servizi pubblici locali diversi da quello idrico, «con una irragionevole differenza di trattamento che non appare giustificata [...] per il servizio idrico integrato per il quale la legge statale indica senz'altro in via generale ed astratta la data di scadenza fissa del 31 dicembre 2010, mentre per gli altri servizi pubblici consente al regolamento la previsione di adeguati "tempi differenziati" in ragione di eterogeneità dei servizi presi in considerazione».

Anche tale questione è inammissibile, in base a quanto già osservato..., perché la ricorrente non ha dedotto alcuna lesione della propria sfera di competenza, ma si è limitata a lamentare l'irragionevolezza della disposizione censurata.

7

Il settimo nucleo tematico attiene alla lamentata violazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali.

La Regione Marche censura l'art. 15, comma 1-ter, del decreto-legge n. 135 del 2009, nella parte in cui si riferisce al servizio idrico integrato, per violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost.

La ricorrente lamenta che la disposizione censurata si limita 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», in particolare: a) determinando «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»; b) omettendo di prevedere una specifica clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche di cui le Regioni e gli enti locali siano in concreto titolari.

La questione è inammissibile.

Essa, infatti, ha per oggetto non la disciplina posta dalla disposizione denunciata, ma l'art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, disposizione che effettivamente prevede l'affidamento in concessione d'uso gratuita delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali e che non è stata impugnata. La ricorrente è quindi incorsa in una evidente aberratio ictus. Quanto, poi, al censurato art. 15, comma 1-ter, la ricorrente si limita a denunciare che il legislatore ha ommesso di prevedere una clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche. La Regione Marche, formulando una censura generica e rivolta contro una mera omissione del legislatore, demanda a questa Corte l'indebito onere di introdurre una disciplina non indicata dalla stessa ricorrente e, comunque, non costituzionalmente

obbligata.

Le Regioni Liguria (ricorso n. 12 del 2010) e Umbria impugnano il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009 in riferimento all'art. 119 Cost., sotto il profilo della violazione dell'autonomia finanziaria degli enti locali, perché «impone ad essi di cedere rilevanti quote delle società da essi controllate».

La questione è inammissibile per genericità, perché le ricorrenti non indicano le ragioni per cui alla cessione delle quote delle società controllate dagli enti locali conseguirebbe l'effetto della denunciata lesione della loro autonomia finanziaria.

L'unica questione attinente al settimo nucleo tematico che può essere esaminata nel merito è quella proposta dalla Regione Emilia-Romagna con il ricorso n. 13 del 2010.

La ricorrente impugna il comma 8 dell'art. 23-bis, nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del decreto-legge n. 135 del 2009, sostenendo che esso viola l'art. 119, sesto comma, Cost., perché impone «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 modalità, della quantità, valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici».

La questione non è fondata.

Il parametro costituzionale evocato, infatti, garantisce alle Regioni e agli enti locali un patrimonio, precisando però che esso è «attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato». L'autonomia patrimoniale delle Regioni e degli enti locali non è, dunque incondizionata, ma si conforma ai principi che il legislatore statale fissa nelle materie di sua competenza legislativa, fra cui va certamente ricompreso quella della tutela della concorrenza, disciplinata, nel caso in esame, proprio dalle norme censurate.

8

...Il nucleo tematico attinente all'individuazione della competenza legislativa a disciplinare i servizi pubblici locali concerne la determinazione dei bacini di gara (comma 7 dell'art. 23-bis, nel testo originario).

Le Regioni Emilia-Romagna (ricorso n. 69 del 2008) e Liguria (ricorso n. 72 del 2008) impugnano il comma 7 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, nella formulazione originaria, per violazione degli artt. 117, quarto comma, e 118, primo e secondo comma, Cost.

La disposizione censurata prevede che «Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale».

Le ricorrenti sostengono che la disciplina della dimensione di esercizio dei servizi pubblici rientra nella potestà legislativa «della regione e il condizionare l'esercizio di tale potestà e delle scelte amministrative che essa esprime ad opera dello Stato viola sia la potestà legislativa in sé considerata [...], sia il principio di sussidiarietà, non

potendosi vedere alcuna ragione di centralizzazione di tali scelte».

Le questioni non sono fondate.

La norma censurata disciplina la dimensione di esercizio dei servizi pubblici, attribuendo alle Regioni e agli enti locali la competenza ad individuare i bacini di gara per i diversi servizi nel rispetto della legge statale. Come già affermato da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009, con specifico riferimento al servizio idrico integrato, la disciplina dei bacini di gestione del servizio pubblico (e, pertanto, anche dei bacini di gara) rientra nella potestà legislativa statale, perché diretta a tutelare la concorrenza, attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni. Non trovano perciò applicazione, nella specie, né l'art. 117, quarto comma, Cost., né l'art. 118 Cost.

9

...Le questioni poste dal Presidente del Consiglio dei ministri aventi ad oggetto i commi 1, 4, 5, 6 e 14 dell'art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008.

A) ...Ad avviso della difesa dello Stato, il censurato comma 1 - il quale affida alla Giunta regionale la competenza ad approvare lo schema-tipo di contratto di servizio e di convenzione di cui all'art. 151 del d.lgs. n. 152 del 2006 - si pone in contrasto con il comma 4, lettera c), del nuovo testo dell'art. 161 dello stesso decreto legislativo, il quale ha «tacitamente abrogato» detto art. 151 ed ha attribuito al «Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche» - e non alla Giunta regionale - la competenza a redigere il contenuto di una o più delle suddette convenzioni-tipo; convenzioni da adottare con decreto del Ministro per l'ambiente e per la tutela del territorio e del mare, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

Nel merito, la questione è fondata

Come si è ampiamente rilevato al punto 7, la disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie «tutela della concorrenza» e «tutela dell'ambiente» (sentenza n. 246 del 2009) e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina. Nella specie, la Regione è intervenuta, appunto, in tali materie, dettando una disciplina che si pone in contrasto con quella statale, in quanto attribuisce alla Giunta regionale una serie di competenze amministrative spettanti - come invece dispongono le norme interposte evocate dal ricorrente - al COVIRI (ora CONVIRI). Risulta così violato l'evocato parametro costituzionale, che riserva allo Stato la competenza legislativa nella materia «tutela dell'ambiente» (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.).

B) La difesa dello Stato lamenta che il censurato comma 14 dell'art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008 - il quale affida all'Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO) la competenza a definire «i contratti di servizio, gli obiettivi qualitativi dei servizi erogati, il monitoraggio delle prestazioni, gli aspetti tariffari, la partecipazione dei cittadini e delle associazioni dei consumatori di cui alla legge regionale 2 luglio 2002, n. 26» - si pone «in contrasto con la normativa statale», cioè con il sopra citato comma 4, lettera c), del nuovo testo dell'art. 161 del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale ha attribuito al COVIRI la relativa competenza.

Nel merito, la questione è fondata per le stesse ragioni indicate al punto precedente. Anche in tal caso, infatti, la Regione è intervenuta, nella materia «tutela dell'ambiente», attribuendo all'Autorità d'ambito una serie di competenze amministrative spettanti, invece, al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell'art. 161, comma 4, lettera c), del d.lgs. n. 152 del 2006, ed ha pertanto violato l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

C) Il ricorrente censura, altresí, il comma 4 del medesimo art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, il quale prevede la competenza dell'Autorità d'ambito a provvedere all'affidamento del servizio idrico integrato, «nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs.152/2006». La censura è proposta in relazione alla violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, per il tramite dell'art. 23-bis, commi 2, 3 e 11, del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario.

Nel merito, la questione è fondata.

La norma censurata impone, infatti, l'applicazione del comma 5 dell'art. 113 TUEL, cioè di un comma abrogato per incompatibilità dal citato art. 23-bis, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. L'art. 23-bis prevede infatti, come sopra osservato, che «l'art. 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» (comma 11). In particolare, il citato comma 5 dell'art. 113 è palesemente incompatibile con i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis, perché disciplina le modalità di affidamento del SPL in modo difforme da quanto previsto da detti commi, evocati come norme interposte.

C) Il ricorrente censura... - per contrasto con l'art. 23-bis, commi 8 e 9, del decreto-legge n. 112 del 2008, nel testo originario, e, di conseguenza, con l'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. - i commi 5 e 6 del medesimo art. 4 della legge della Regione Liguria n. 39 del 2008, i quali prevedono, rispettivamente, che: a) «Resta ferma la previsione di cui all'articolo 113, comma 15-bis, del d.lgs. 267/2000; a tal fine l'AATO determina la data di cessazione delle concessioni esistenti, avuto riguardo alla durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva, qualora la medesima risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati dal gestore, fermi restando l'aggiornamento e la rinegoziazione delle convenzioni in essere» (comma 5); b) «L'AATO individua forme e modalità dirette all'integrazione del servizio di gestione dei rifiuti e del servizio idrico, avuto riguardo agli affidamenti esistenti che non risultano cessati nei termini di cui all'articolo 113, comma 15-bis, del d.lgs. 267/2000, al fine di pervenire al superamento della frammentazione del servizio nel territorio dell'ambito» (comma 6).

Nel merito, la questione è fondata.

Come già osservato al punto 18.2., la norma censurata impone l'applicazione del comma 15-bis dell'art. 113 TUEL, abrogato per incompatibilità dall'art. 23-bis, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. Il citato comma 15-bis dell'art. 113 TUEL, infatti, è incompatibile con il suddetto art. 23-bis, perché disciplina il regime transitorio degli affidamenti diretti del servizio pubblico locale in modo difforme da quanto previsto dal parametro interposto. Ne deriva la violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost.

D) Devono essere infine trattate le questioni proposte dal Presidente del Consiglio dei ministri in merito al comma 1 dell'art. 1 della legge della Regione Campania n. 2 del 2010, il quale prevede la competenza della medesima Regione a disciplinare il servizio idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere.

La difesa dello Stato lamenta che la disposizione viola l'art. 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost., nonché, quali norme interposte, gli artt. 141 e 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il decreto-legge n. 135 del 2009 e l'art. 113 TUEL - i quali stabiliscono che il servizio idrico integrato ha rilevanza economica - perché: a) prevede che la Regione disciplini il servizio predetto

«come servizio privo di rilevanza economica»; b) regola in modo del tutto difforme dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio ed il termine di decadenza degli affidamenti in essere, prevedendo che «tutte le forme attualmente in essere di gestione del servizio idrico con società miste o interamente private decadono a far data dalle scadenze dei contratti di servizio in essere».

Entrambe le questioni sono fondate, perché le disposizioni censurate sono in contrasto con la normativa statale evocata quale parametro interposto ed emanata nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza».

La questione di cui al punto b) è del pari fondata, perché la disposizione censurata, che individua le figure soggettive cui conferire la gestione del servizio idrico e determina un regime transitorio per la cessazione degli affidamenti diretti già in essere, si pone in evidente contrasto con il regime transitorio disciplinato dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, il quale - come visto al punto 7. - non può essere oggetto di deroga da parte delle Regioni.