

Sentenza: n. 439 del 23 dicembre 2008

Materia: servizi pubblici locali

Giudizio: legittimità costituzionale in via principale

Limiti violati: principi comunitari in materia di tutela della concorrenza (articoli 43, 49 e 86 del Trattato 25 marzo 1957), articolo 8, comma 1 dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige, articolo 117, primo comma della Costituzione

Ricorrente: Presidente del Consiglio dei ministri

Oggetto: articoli 3, comma 3, 5 comma 1, legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali)

Esito: illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, cessata materia del contendere relativamente all'articolo 5, comma 1

Estensore nota: Caterina Orione

Oggetto dell'impugnazione dinanzi alla Corte Costituzionale da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri sono due sole disposizioni della legge provinciale relativa ai servizi pubblici locali.

Queste si porrebbero in contrasto con principi elaborati dalla Corte di giustizia in tema di tutela della concorrenza e conseguentemente in violazione, sia dell'articolo 8 dello Statuto della regione Trentino-Alto Adige, che prevede, punto 19, l'esercizio della potestà legislativa primaria in materia di *assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali*, ma nei limiti previsti dall'articolo 4 dello stesso statuto speciale *in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto degli obblighi internazionali.....*, sia dell'articolo 117, primo comma della Costituzione che impone a Stato e Regioni l'esercizio della potestà legislativa nell'osservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Secondo parte ricorrente nella prima disposizione impugnata, ultimo comma dell'articolo 3 *Affidamento a società a capitale interamente pubblico*, il requisito della rilevanza dell'attività dell'ente concessionario (*società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano*), è individuato in base al solo fatturato ed alle risorse economiche impiegate, limitatamente quindi ad un aspetto meramente quantitativo, discostandosi da quanto affermato dalla Corte di giustizia (Carbotermo 11 maggio 2006) che ha ritenuto che per la valutazione di tale requisito devono sussistere anche elementi qualitativi.

Si sarebbe quindi in presenza nella legge provinciale di una nozione meno rigorosa del requisito richiesto che consentirebbe di fare ricorso all'affidamento diretto in più casi rispetto a quelli ammessi, e ciò comporterebbe, un'alterazione del "mercato" in ragione dell'operatività in esso di imprese affidatarie privilegiate in sostanza rispetto ad altre, con conseguente violazione

dei principi così come interpretati dal giudice comunitario in svariate pronunce in tema di tutela della concorrenza di cui agli articoli 43, 49, 86 del Trattato, ed altresì del vincolo all'osservanza del diritto comunitario come previsto dal combinato disposto dell'articolo 8 dello statuto speciale e dell'articolo 117 primo comma della Costituzione.

Le stesse violazioni si configurano per l'articolo 5 *Affidamento a società mista pubblica e privata*, comma 1, nel disporre la possibilità di affidamento diretto di servizi pubblici di rilevanza economica a soggetti privati, con la sola previsione di un'influenza dominante nei loro confronti da parte della Provincia e di altri enti pubblici, in quanto questo sarebbe in violazione dei principi comunitari elaborati dalla Corte di Giustizia (Teckal 18 novembre 1999 e Stadt Halle 11 gennaio 2005) che richiedono per la legittimità dell'affidamento diretto/in house la presenza dei requisiti di un capitale interamente pubblico, di un controllo sul soggetto affidatario da parte dell'amministrazione equivalente a quello da essa esercitato sui propri servizi e che tale soggetto affidatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente di appartenenza.

Parte resistente nel merito ritiene che il contenuto delle disposizioni impugnate sia coerente ed osservante di quanto elaborato dalla Corte di Giustizia in materia di concessioni di pubblici servizi e che qualora sussistessero dubbi interpretativi, il giudizio andrebbe sospeso e la questione andrebbe rimessa al giudice comunitario.

Nel corso del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale la Provincia autonoma di Bolzano, con legge 4/2008 sostituisce integralmente l'articolo 5 della legge 12/2007 e, non avendo avuto la disposizione sostituita alcuna applicazione, relativamente ad essa viene dichiarata cessata la materia del contendere.

La Corte, affermato il vincolo dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali anche nell'esercizio della potestà legislativa primaria nella materia di cui al punto 19 dell'articolo 8 dello statuto speciale, richiama l'evoluzione della propria giurisprudenza sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario (*reciprocamente autonomi, ma coordinati e comunicanti*) ed afferma la diretta applicabilità non solo delle statuizioni contenute nelle sentenze interpretative delle norme comunitarie pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'articolo 177 del Trattato, ma altresì anche di quelle contenute nelle pronunce del giudice comunitario in sede contenziosa.

Pertanto i principi comunitari elaborati dalla Corte di giustizia, a cui ai sensi dell'articolo 164 del Trattato spetta di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione delle norme contenute nello stesso, poiché precisano o integrano il significato normativo delle disposizioni comunitarie da interpretare, hanno la *stessa immediata efficacia* e quindi anche essi costituiscono un vincolo dell'ordinamento comunitario.

Nell'esame della questione prospettata, la Corte ritiene che, come in più sentenze è stato statuito dalla Corte di giustizia, seppure i servizi pubblici locali siano esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 sugli appalti pubblici di servizi e quindi non siano ancora specificatamente disciplinati, anche per essi in ogni caso si debba tener conto di quanto disposto, in tema di tutela della concorrenza, dall'articolo 86 del trattato, che prescrive che gli Stati membri *non emanano né mantengono alcuna misura contraria al*

presente trattato per le imprese pubbliche, ivi comprese quelle incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, e che queste sono sottoposte alle regole della concorrenza, con il solo limite per l'applicazione di esse regole, di non costituire un impedimento al raggiungimento *della specifica missione loro affidata*.

Il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza desumibili dalle norme correlate alla tutela della concorrenza (artt. 43, 49) si impone pertanto anche alle autorità pubblica che affidi a un terzo la prestazione di attività economica.

Al fine di evitare l'elusione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei servizi ed uno sfalsamento della concorrenza, l'affidamento di servizi e forniture tramite gara ad evidenza pubblica è la regola generale che consente l'osservanza delle norme e dei principi suindicati.

La deroga, affidamento diretto c.d. *in house*, è ammessa solo in presenza di circostanze particolari da considerare in senso alquanto restrittivo, quali che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria, ad essa legata da un rapporto organico, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che quest'ultima realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la detengono.

La sussistenza di tali requisiti è stata sempre interpretata in senso restrittivo, nel senso di non ammettere il ricorso all'affidamento diretto qualora si sia in presenza di elementi (società partecipata da privati, ridotti poteri di controllo da parte dell'ente sul consiglio di amministrazione della società, ampliamento dell'oggetto sociale etc,) che possano far dubitare del perseguimento dell'interesse pubblico, sola condizione legittimante la deroga.

Per quanto concerne la disposizione impugnata che individua nel fatturato e nelle risorse economiche impiegate, il dato quantitativo qualificante per valutare se la società affidataria *realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno degli enti che la controllano*, la Corte costituzionale ritiene che il contenuto di essa sia riduttivo di quanto, secondo i principi elaborati dal giudice comunitario, debba considerarsi necessario per circoscrivere la parte più importante dell'attività della società affidataria a favore dell'amministrazione.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine della verifica della legittimità della deroga dell'affidamento diretto per il rispetto delle norme comunitarie sulla concorrenza, occorre che sia possibile "controllare" che l'ambito dell'attività d'impresa della società sia assolutamente marginale nel mercato, desumendo tale requisito da un insieme di elementi fattuali che attengono ad aspetti anche qualitativi, quali le attività effettuate su decisioni di affidamento dell'organo controllante, la possibile apertura verso nuovi e diversi ambiti di intervento, anche diversi da quelli originari dell'ente pubblico.

La disposizione impugnata è in contrasto con i principi comunitari così come elaborati, e quindi in violazione dei parametri costituzionali richiamati da parte ricorrente, il cui ricorso è ritenuto fondato.