

SENTENZA N. 325

ANNO 2010

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

-	Francesco	AMIRANTE	Presidente
-	Ugo	DE SIERVO	Giudice
-	Paolo	MADDALENA	"
-	Alfio	FINOCCHIARO	"
-	Alfonso	QUARANTA	"
-	Franco	GALLO	"
-	Luigi	MAZZELLA	"
-	Gaetano	SILVESTRI	"
-	Sabino	CASSESE	"
-	Giuseppe	TESAURO	"
-	Paolo Maria	NAPOLITANO	"
-	Giuseppe	FRIGO	"
-	Alessandro	CRISCUOLO	"
-	Paolo	GROSSI	"

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nel testo originario ed in quello modificato dall'art. 15, comma 1, 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 Comunità europee), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166; dell'art. 15, comma 1-*ter*, dello stesso decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009;

(.....OMISSIS.....)

Tali gruppi di disposizioni introducono novità normative rilevanti nella disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (SPL) e del diritto transitorio degli affidamenti già in corso.

In particolare, si prevede che: a) l'affidamento del SPL in via ordinaria, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, riguarda non solo le società di capitali – come nella previgente normativa – ma, piú in generale, gli «imprenditori o [...] società in qualunque forma costituite» (comma

2 del testo originario e del testo vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008); b) l'affidamento diretto – cioè senza gara ad evidenza pubblica – della gestione del SPL a società miste il cui socio privato sia scelto mediante procedure competitive 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 partecipazione non inferiore al 40% (comma 2 del testo attualmente vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008); c) l'affidamento diretto «in deroga» ai conferimenti effettuati in via ordinaria richiede una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione di detta scelta da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», oltre alla trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008), ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008), per un parere obbligatorio ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; d) l'affidamento diretto deve – ai sensi dei commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 – «avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria», con l'ulteriore presupposto che sussistano «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»; e) lo stesso affidamento deve, invece, avvenire – ai sensi dei commi 3 e 4 del testo attualmente vigente del medesimo art. 23-bis – con le forme della gestione *in house*, nel rispetto delle condizioni richieste dal diritto comunitario, previo parere della sola AGCM, con l'ulteriore presupposto della sussistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»; f) i bacini di gara per i diversi servizi sono definiti, nel rispetto delle normative settoriali, dalle Regioni e dagli enti locali d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (comma 7 dell'art. 23-bis, sia nella versione originaria che in quella vigente); g) è abrogato, nelle parti incompatibili con la nuova disciplina, l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico sugli enti locali), in seguito indicato come TUEL, concernente l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (comma 11 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, sia nella versione originaria che in quella vigente); h) il Governo ha il potere di adottare regolamenti di delegificazione sia nelle materie di cui al comma 10 dell'art. 23-bis (come disposto nella versione originaria ed in quella vigente dell'art. 23-bis), sia per la determinazione delle soglie minime oltre le quali gli affidamenti «assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere» dell'AGCM (come disposto dal comma 4-bis nella versione vigente dell'art. 23-bis); i) gli affidamenti diretti già in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa cessano al 31 dicembre 2010 (versione originaria del comma 8 dell'art. 23-bis) o in date successive, a partire dal 31 dicembre 2011, a seconda delle diverse tipologie degli affidamenti stessi (versione vigente del comma 8 dell'art. 23-bis); l) «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 [...] 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» (comma 1-ter, dell'art. 15 del decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009).

6. – Il primo dei sopra indicati nuclei tematici attiene – come si è visto – al rapporto tra le disposizioni censurate e la disciplina dei SPL desumibile dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla Carta europea dell'autonomia locale. 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 («le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria [...]») 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, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost. Tale conclusione va argomentata procedendo al raffronto delle disposizioni censurate sia con la normativa comunitaria che con quella internazionale evocate a parametro interposto.

6.1. – 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), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detti articoli non fissano le condizioni di uso di tale ultima espressione, ma, in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, [Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia](#)) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), 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 – nel dichiarato intento di disciplinare i

«servizi pubblici locali di rilevanza economica» per favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti «gli operatori economici interessati alla gestione di servizi pubblici di interesse generale in ambito locale» – 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» (come si esprimono sia la citata [sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia](#), sia le sentenze della stessa [Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze](#), e [16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband](#), nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); 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 ([Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV](#)). 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 (art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UEE [11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49](#), e [10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.](#)