

Concorrenza nei servizi pubblici locali: compressione delle competenze regionali
(Corte Costituzionale, sentenza 27.07.2004 n. 272)

La tutela della concorrenza è una competenza statale esclusiva che non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale", poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, ed è quindi necessario che si basi criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004 la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali gli art. 14, co. 1 e 2, del DL 269/03 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), in quanto tali norme determinavano un'illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.

(Altalex, 30 luglio 2004)

Corte costituzionale

Sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272

(Presidente Zagrebelsky - Relatore Capotosti)

Ritenuto in fatto

1. La Regione Toscana, con ricorso notificato il 21 gennaio 2004 e depositato il successivo 29 gennaio, ha impugnato diverse norme del DL 269/03 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 326/03, e, per quanto qui interessa, ha denunciato l'articolo 14, commi 1 e 2, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione.

2. Il censurato articolo 14, commi 1 e 2, del DL 269/03, come modificato dalla legge di conversione 326/03, ha modificato sia l'articolo 113 del D.Lgs 267/00 (Tu delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) - già modificato dall'articolo 35 della legge 448/01 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002) in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica - sia l'articolo 113bis del medesimo D.Lgs 267/00, introdotto dal citato articolo 35 della legge 448/01, sui servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

In particolare, la normativa impugnata ha sostituito la distinzione fra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" e servizi pubblici locali "privi di rilevanza industriale" con quella fra servizi pubblici locali "di rilevanza economica" e servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica" ed ha specificato che le disposizioni che disciplinano puntualmente le modalità di gestione dei servizi pubblici locali - anch'esse oggetto di modifica - attengono alla tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle specifiche normative di settore. Quanto alla disciplina delle modalità di gestione dei predetti servizi, la normativa impugnata ha stabilito che: la gestione dei servizi di rilevanza economica può essere affidata a società di capitali individuate con gara ad evidenza pubblica o a società miste, i cui soci privati siano scelti con gara ad evidenza pubblica, o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano; la gestione dei servizi privi di rilevanza economica avviene mediante affidamento diretto ad istituzioni ed aziende speciali o anche a società a capitale interamente pubblico, con esclusione dei privati e delle società miste. Infine, si è provveduto a

disciplinare la scadenza del periodo di affidamento in esito alla successiva gara di affidamento al nuovo gestore nonché il periodo di transizione per il passaggio dalle esistenti gestioni a quelle da affidarsi con le nuove regole.

2.1. Secondo la Regione Toscana, le disposizioni impugnate violerebbero in primo luogo l'articolo 117 della Costituzione, in quanto porrebbero una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali, materia che l'articolo 117 non contempla fra quelle riservate alla legislazione esclusiva dello Stato e che quindi spetta alle regioni disciplinare nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Tale materia non sarebbe, infatti, riconducibile alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), la quale riguarderebbe solo i servizi sociali e non quelli di rilevanza economica e comunque - essendo limitata alla determinazione degli standard minimi delle prestazioni - non precluderebbe al legislatore regionale la possibilità di disciplinare gli aspetti concernenti l'organizzazione del servizio e le modalità di gestione del medesimo; né essa potrebbe ricollegarsi alle "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione), non costituendo la gestione dei servizi pubblici locali una funzione fondamentale dell'ente locale, ma "un'attività di regola esercitata in regime di concorrenza e quindi sottratta ad una gestione effettuata con gli strumenti del potere pubblico". Le disposizioni impugnate non si potrebbero, inoltre, giustificare - ad avviso della ricorrente - neppure in relazione alla competenza legislativa statale esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" (articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione), in quanto la disciplina dei servizi pubblici locali riguarderebbe non già la "tutela della concorrenza", ma la diversa materia della "promozione della concorrenza", costituita da un insieme di regole e procedure di tipo pubblicistico volte a creare in modo artificiale le condizioni per la concorrenza, di competenza regionale.

La ricorrente deduce, infine, che le disposizioni censurate violerebbero anche l'articolo 118 della Costituzione, non essendo indicati i "presupposti per l'intervento legislativo statale in sussidiarietà" e non essendo comunque prevista "l'intesa con la regione che sarebbe invece imprescindibile a fronte dell'interferenza della disciplina in ambiti materiali di competenza regionale".

2.2. Nell'imminenza dell'udienza pubblica la Regione Toscana ha depositato memoria, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

3. Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che il ricorso venga dichiarato inammissibile e, comunque, infondato.

In via preliminare, la difesa erariale ritiene che il ricorso sia inammissibile, giacché, con riferimento alle disposizioni legislative già presenti nel DL n. 269 del 2003 e quindi già in vigore dal 2 ottobre 2003, "a sé stanti e non modificate dalla legge di conversione", esso sarebbe tardivo e comunque conterrebbe censure prive di motivazione.

Nel merito, la difesa erariale sostiene l'infondatezza del ricorso, deducendo che sussisterebbe una competenza legislativa esclusiva dello Stato, non solo in relazione alla materia "tutela della concorrenza" (secondo comma, lettera e), dell'articolo 117 della Costituzione), ma anche in relazione alla materia "funzioni fondamentali degli enti locali" (secondo comma, lettera p), dell'articolo 117 della Costituzione), in quanto le funzioni di gestione, organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici locali sarebbero "essenziali" rispetto ai bisogni delle comunità servite nonché in riferimento alla cospicua incidenza sull'equilibrio finanziario degli enti locali dei costi per gli investimenti e per l'esercizio dei servizi stessi. Si ravviserebbe, altresì, una competenza legislativa statale esclusiva in tema di servizi

pubblici locali anche in relazione alla materia "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (secondo comma, lettera m), dell'articolo 117 della Costituzione), dal momento che, attraverso la prestazione dei servizi pubblici locali, si concretizzerebbero "molteplici ed importanti diritti sociali" che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

3.1. Nell'imminenza dell'udienza pubblica, la difesa erariale ha depositato memoria nella quale insiste perché la Corte dichiari inammissibile e/o infondato il ricorso.

In particolare, l'Avvocatura generale dello Stato precisa che le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dalle disposizioni impugnate costituirebbero l'esito di "un pluriennale dialogo con l'Unione europea" e sarebbero perciò volte "ad assicurare la realizzazione di un valore e di un risultato - quello di una (per quanto tecnicamente possibile) effettiva e non ostacolata concorrenza fra operatori economici" - esplicitamente indicato dai Trattati come fondamentale. Pertanto, le disposizioni impugnate sarebbero sorrette da più parametri costituzionali contenuti nell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, in particolare alla lettera e) ed alla lettera a).

4. All'udienza pubblica le parti hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni rassegnate negli scritti difensivi.

Considerato in diritto

1. La questione di legittimità costituzionale, sollevata con il ricorso in epigrafe dalla Regione Toscana, ha ad oggetto l'articolo 14, commi 1 e 2, del Dl 269/03 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito con modificazioni nella legge 326/03, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione. Secondo la ricorrente, le disposizioni impugnate, che hanno introdotto una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali sia "di rilevanza economica", sia "privi di rilevanza economica", non sarebbero riconducibili a nessuna delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato previste dall'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, né, in particolare, a quella relativa alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", o a quella relativa alle "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane". Neppure invocabile, secondo la ricorrente, sarebbe la competenza statale in materia di "tutela della concorrenza", prevista dall'articolo 117, secondo comma, lettera e), giacché al massimo si potrebbe fare riferimento alla "promozione della concorrenza" in tutti quei casi in cui il mercato non appaia concorrenziale.

La disciplina in oggetto, dettagliata ed autoapplicativa, esulerebbe quindi dalla sfera di competenza legislativa dello Stato e rientrerebbe nell'ambito della competenza esclusiva della Regione ricorrente, dal momento che non sono neppure indicati i "presupposti" di un eventuale intervento "in sussidiarietà" dello Stato, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, e non è comunque previsto un accordo sul punto tra Stato e Regione.

2. In via preliminare vanno rigettate le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato in ordine all'asserita tardività delle censure proposte dalla ricorrente nei confronti di disposizioni della legge di conversione 326/03, che hanno confermato quelle originariamente contenute nel Dl 269/03. Ed infatti, indipendentemente dalla circostanza che nella specie la legge di conversione ha introdotto rilevanti modifiche, in considerazione del carattere intrinsecamente precario del decreto - legge, il ricorso può essere proposto nei confronti della relativa legge di conversione che rende permanente e definitiva la asserita lesione da cui scaturisce l'interesse a ricorrere della Regione (sentenza 25/1996).

3. La questione è parzialmente fondata, nei termini di seguito esposti.

Le disposizioni impugnate, che recano una nuova disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, si inseriscono in un quadro normativo molto articolato, che sostanzialmente prende le mosse dall'articolo 35 della legge 448/01, recante la legge finanziaria per il 2002, il quale introduce profonde modifiche alla impostazione normativa risalente agli anni novanta e consacrata nell'articolo 113 e seguenti del D.Lgs 267/00 (Tu delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Ma subito dopo la riforma del 2001, si è proceduto ad ulteriori innovazioni su aspetti rilevanti della disciplina in esame, dapprima con il censurato articolo 14 del Dl 269/03, convertito con modificazioni nella legge 326/03, e successivamente ancora con l'articolo 4, comma 234, della legge 350/03 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004). Tali innovazioni sono state in larga parte indotte dai rilievi espressi dalla Commissione europea sulla precedente normativa e dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento nel novellato articolo 117 della Costituzione. Sotto questi profili sono significativi, nella disciplina in esame, sia il testuale riferimento alla tutela della concorrenza, sia la nuova qualificazione di "rilevanza economica" attribuita a determinati servizi pubblici locali - in analogia con la denominazione che viene attualmente adottata in sede comunitaria - in luogo della precedente qualificazione di "rilevanza industriale".

La disciplina in esame non appare riferibile - come osserva la ricorrente - né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (articolo 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale. Viceversa, in relazione ai riferimenti testuali e soprattutto ai caratteri funzionali e strutturali della regolazione prevista, la medesima disciplina può essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", riservata dall'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Non appare però condivisibile la prospettazione della Regione ricorrente, secondo cui il regime in oggetto, incidendo su situazioni di non concorrenzialità del mercato per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale e riguardando interventi propriamente di "promozione" e non già di "tutela" della concorrenza, sarebbe estraneo, in quanto tale, all'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato e pertinente invece alla competenza regionale in tema di servizi pubblici locali. Secondo l'interpretazione di questa Corte, la tutela della concorrenza "non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali" (sentenza 14/2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato. Alla stregua dei principi espressi da questo indirizzo giurisprudenziale, dunque, non può essere accolta la tesi della ricorrente su una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di "tutela" o a misure di "promozione" della concorrenza, dal momento che la indicata configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

Sotto questo profilo è quindi significativa la dichiarazione, contenuta nel censurato articolo 14 di modifica del comma 1 dell'articolo 113 del Tu citato, secondo cui le predette disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore". L'articolo 14 si può dunque sostanzialmente considerare una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso

cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.

Alla luce di queste considerazioni, nella questione di costituzionalità in esame, non appaiono censurabili tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. Alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che, in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio.

Non spetta peraltro a questa Corte valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia: stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale; quello che invece non può sottrarsi al sindacato di costituzionalità è il fatto che i vari "strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi" (sentenza 14/2004). Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare quindi essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla "tutela della concorrenza" e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, "trasversale" (cfr. sentenza 407/02), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato.

Proprio sotto questo profilo appare fondata la censura della ricorrente relativa all'articolo 14, comma 1, lettera e), che, in riferimento all'articolo 113, comma 7, del citato Tu, là dove stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata, introduce la prescrizione che le previsioni dello stesso comma 7 "devono considerarsi integrative delle discipline di settore". L'estremo dettaglio nell'indicazione di questi criteri, che peraltro non prendono in considerazione ulteriori requisiti dell'aspirante, quali, ad esempio, precedenti esperienze di gestione nel settore, va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, che peraltro appaiono sufficientemente garantiti dalla puntuale indicazione, nella prima parte del comma, di una serie di standard - coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE - nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata. È evidente quindi che la norma in esame, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale la disposizione estremamente dettagliata ed autoapplicativa di cui al citato articolo 113, comma 7, pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale.

Va pertanto dichiarata, per le ragioni esposte, l'illegittimità costituzionale della norma censurata e, in via consequenziale, ai sensi dell'articolo 27 della legge 87/1953, anche dell'articolo 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo del testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo

35 della legge 448/01 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002).

4. La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'articolo 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'articolo 113bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

A questo proposito la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato articolo 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'articolo 113-bis del citato Tu, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.

Per tutte queste ragioni va dichiarata l'illegittimità costituzionale del censurato articolo 14, comma 2 e, in via consequenziale, ai sensi dell'articolo 27 della legge 87/1953, anche dell'articolo 113bis, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'articolo 35 della legge 448/001.

PQM

La Corte costituzionale

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 1, lettera e), e comma 2, del Dl 269/03 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 326/03;

2) dichiara, ai sensi dell'articolo 27 della legge 87/1953, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 113, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo, del D.Lgs 267/00 (Tu delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), nel testo sostituito dall'articolo 35, comma 1, della legge 448/01 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002);

3) dichiara, ai sensi dell'articolo 27 della legge 87/1953, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 113bis dello stesso D.Lgs 267/00, nel testo introdotto dal comma 15 dell'articolo 35 della citata legge 448/01;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 1 - ad eccezione della lettera e) già dichiarata costituzionalmente illegittima - del medesimo Dl 269/03,

convertito, con modificazioni, nella citata legge 326/03, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe.