

Queste pagine contengono:

- *un riassunto - scritto da Gianfranco Poliandri - delle parti più significative della sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010 (esiste di questa sentenza un estratto più lungo e completo di 13 pagg. preparato dall'Avv. Cognini, Marche, già messo a disposizione in rete);*
- *una scelta e un riassunto di parti significative degli interventi di alcuni giuristi attivi nei movimenti per la gestione pubblica dell'acqua (Iannello, Lucarelli, Malandra, Quarta, Seminario "La gestione pubblica del servizio idrico integrato dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 3 novembre 2010, n. 325"), contenenti commenti critici e ipotesi di effetti applicativi (tra virgolette i testi ripresi senza sintesi); gli interventi completi sono già stati messi a disposizione in rete.*

Esistono pubblicati in rete altri tipi di interventi interessanti, ma senza indicazioni pratiche, che qui non vengono riassunti.

In corsivo sono scritti da Gianfranco Poliandri completamenti informativi e ipotesi di conseguenze applicative in Trentino.

12.12.2010

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 325/2010, del 3.11.2010

La Corte ha rigettato integralmente i ricorsi delle 7 Regioni (Piemonte, Liguria, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Puglia), se non per un aspetto secondario che in questa sede non interessa, articolando i principali motivi di rigetto in quattro nuclei tematici.

Primo nucleo tematico.

Si trattava di stabilire se le norme statali 2008-2009 di privatizzazione dei servizi pubblici locali: a) costituiscono applicazione obbligatoria di norme comunitarie di tutela della concorrenza (come sosteneva lo Stato); b) oppure costituiscono violazione di tali norme comunitarie (come sostenevano le Regioni) e quindi illegittimamente pretendono di imporsi alle Regioni in nome del rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

Secondo la Corte le norme statali 2008-2009 contestate dalle Regioni non costituiscono né una violazione né un'applicazione obbligatoria della normativa comunitaria. Sono semplicemente compatibili con la normativa comunitaria, sono una delle diverse forme di disciplina possibile della materia, e come tali rientrano nella libertà dello Stato di stabilire anche disposizioni più restrittive della normativa comunitaria.

Conclusioni equivalenti valgono a proposito della contestazione che le norme statali 2008-2009 costituiscono violazione di normativa internazionale che riguarda funzioni fondamentali degli enti locali (Carta europea dell'autonomia locale di cui alla legge n. 439 del 1989, sui servizi fondamentali dell'ente locale). Secondo la Corte le norme statali 2008-2009 sono semplicemente confermate di quelle che già nel 2001 (art. 35 della legge n. 448/2001) - per i servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" (più tardi definiti "di rilevanza economica" per effetto dell'art. 14 del decreto-legge n. 269 del 2003) - avevano escluso ogni gestione diretta, in economia oppure tramite aziende speciali, da parte dell'ente pubblico. Inoltre, secondo la Corte, le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge nazionale, e il servizio idrico non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (cfr. su questi aspetti le sentenze Corte Cost. n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004).

Per quanto attiene a questo primo nucleo tematico, va ricordato che le norme statali 2008-2009 potrebbero non essere recepite in Provincia di Trento perché - secondo lo Statuto speciale - non sono comprese tra i quattro tipi di vincoli che limitano la potestà legislativa provinciale nella materia della gestione e organizzazione dei servizi pubblici locali attraverso gestioni in economia e aziende speciali (Costituzione, principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica)¹.

Perciò la Provincia di Trento avrebbe potuto opporre resistenza alle norme statali di privatizzazione 2008-2009 invece di prepararsi a recepirle con la Legge finanziaria 2011. Va aggiunto su questo punto che la normativa provinciale in vigore - contenuta nella Legge regionale n. 1/1993 - non risulta evidentemente conforme all'articolo 23 bis del 2008 come modificato nel 2009 ma non è stata impugnata dallo Stato davanti alla Corte Costituzionale nel termine dei sei mesi prescritti a decorrere dall'entrata in vigore delle norme di privatizzazione del 2008-2009. La Legge finanziaria provinciale 2011, una volta approvata con le stesse norme della Legge regionale n. 1/1993 sul mantenimento delle gestioni dirette in economia e dell'Azienda speciale di Tione, produrrà lo sconcertante risultato di rimettere lo Stato in termini per l'impugnativa davanti alla Corte Costituzionale.

E' tuttavia sostenibile - ma non condivisibile - l'opinione provinciale secondo cui le norme

¹ Tra l'altro proprio la Corte costituzionale con sentenza n. 45/2010, relativa alla legge della Prov. TN in materia di lavori pubblici, ha chiarito che il riconoscimento allo Stato della competenza in materia di tutela della concorrenza non comporta la riduzione di competenze provinciali se queste siano statutariamente riconosciute.

statali 2008-2009 andavano recepite: a) sia perché necessario per assicurare parità di situazione dal punto di vista della tutela della concorrenza alla parte dei servizi pubblici locali trentini già consegnata al mercato e affidata a SpA a capitale misto o 100% pubblico; b) sia per dare certezza agli operatori economici provinciali ed evitare loro il rischio di futuri ricorsi incidentali alla Corte Costituzionale contro il quadro normativo trentino nel caso di eventuali controversie in giudizio su questioni legate all'affidamento e alla gestione dei servizi pubblici locali.

Secondo nucleo tematico.

Si trattava di stabilire qual'è la sfera di competenza in cui si collocano le norme statali 2008-2009. Se esse cioè: 1) rientrano (come sosteneva lo Stato) nell'ambito della competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza o di altra competenza esclusiva statale; 2) oppure (come sostenevano più Regioni) rientrano nella materia dei servizi pubblici locali di competenza regionale residuale o (come affermava la Regione Marche) rientrano nella potestà regolamentare degli enti locali o infine (come affermava la Regione Puglia) rientrano nella competenza regionale concorrente in materia di tutela della salute e alimentazione.

Secondo la Corte le norme statali 2008-2009 rientrano nella materia "tutela della concorrenza", di competenza legislativa esclusiva dello Stato, tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri di tale materia e della sua diretta incidenza sul mercato. Di conseguenza la competenza statale prevale sulle competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali.

In particolare la Corte ricorda come nella sentenza n. 246 del 2009 ha già 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 (si tratta di regole "dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima").

Per quanto attiene a questo secondo nucleo tematico, le norme statali 2008-2009 - poiché apparterrebbero a una sfera di competenza statale esclusiva e sarebbero norme di tutela della concorrenza - secondo gli uffici di Giunta sarebbero da recepire in Provincia di Trento per tutti gli aspetti che non riguardano le gestioni dirette degli enti locali tramite assunzione in economia o tramite aziende speciali (tutelate direttamente dallo Statuto Speciale). Va osservato però, sul punto, che la Provincia si è riservata la possibilità di recepire solo alcuni e non tutti gli elementi della normativa statale in questione e che tale scelta è presumibilmente suscettibile di impugnazione del Governo davanti alla Corte Costituzionale; dunque la Provincia ha "stranamente" scelto quale norme statali nella materia della tutela della concorrenza recepire e quali no. Non pare impossibile che questo adeguamento "flessibile" sia il frutto di un accordo politico di scambio: la Provincia di TN recepisce infatti il nocciolo delle norme statali di privatizzazione spinta sulle SpA a capitale misto ma conserva un po' più di mano libera sulle SpA a capitale 100% pubblico (in sostanza, su questo punto ultimo, evita di introdurre tutte le condizioni che rendono eccezionale e comunque molto complesso il ricorso alle SpA a capitale 100% pubblico, tra cui soprattutto il parere dell'Antitrust).

Terzo nucleo tematico.

Si trattava di stabilire se le norme statali 2008-2009 - nella parte in cui limitano i casi di affidamento diretto in house - anche se appartenenti alla materia "tutela della concorrenza" abbiano o meno violato il principio di ragionevolezza. Secondo questo principio (nella giurisprudenza della Corte) l'esercizio della potestà normativa esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza è legittimo a condizione di rispettare proporzionalità e adeguatezza e di

non porre vincoli ingiustificati.

Secondo la Corte nell'esercizio di sua una competenza esclusiva lo Stato può emanare norme autoapplicative e di dettaglio; lo Stato aveva la libertà di restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house perché 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; peraltro la normativa contestata non impedisce del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica. In conclusione le norme contestate non possono essere considerate sproporzionate od inadeguate, anche perché il margine temporale concesso per la cessazione degli affidamenti diretti esistenti è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte (dunque, ragionevole).

Per quanto attiene a questo terzo nucleo tematico, si ripropone l'osservazione che la Provincia di Trento sorprendentemente non ha ritenuto di dover recepire anche le norme statali 2008-2009 (che secondo la Corte appartengono alla materia della tutela della concorrenza e quindi sarebbero applicabili in Provincia) con cui vengono liberamente ristretti dallo Stato italiano - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house (SpA capitale 100% pubblico).

Quarto nucleo tematico.

Si trattava di stabilire se la competenza a definire la rilevanza economica dei servizi pubblici locali è competenza legislativa regionale o statale. Accertato (cfr. secondo nucleo tematico) che le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato, restava ancora da verificare se allo Stato compete, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente questa "rilevanza economica" oppure se la decisione di attribuire questa qualificazione al servizio locale sia riservata - dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione - alla Regione od all'ente locale.

Secondo la Corte la nozione di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" e l'altra omologa di "servizi pubblici di interesse generale in ambito locale" - contenute nelle norme statali contestate dalle Regioni - rimandano a quella, più ampia, di "servizio di interesse economico generale" (SIEG) impiegata nell'ordinamento comunitario. Secondo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria e della 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. Per valutare la rilevanza economica di un servizio pubblico occorre perciò considerare la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, e considerare se i servizi sono idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o in fieri, a prescindere da ogni valutazione soggettiva dell'ente competente ad affidare il servizio. Ne consegue, tra l'altro, che i servizi pubblici locali mantengono la "rilevanza economica" anche se l'ente locale affidante ritenga inefficace o inutile ricorrere al mercato e opti per l'affidamento in house in deroga. E ne consegue che è sbagliato dare alla nozione di rilevanza economica un carattere meramente soggettivo; ed è sbagliato, in particolare, attribuire rilevanza economica a un servizio pubblico locale solo se un mercato di quel servizio sussista effettivamente e se l'ente locale decide a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall'esercizio di impresa in quel mercato.

A proposito del fondamento costituzionale della legge statale che fissa il contenuto della nozione oggettiva di "rilevanza economica", sempre secondo la Corte va considerato che tale nozione

costituisce criterio discrezionale per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici. 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 di un servizio pubblico. Di conseguenza in Italia determinare le condizioni di rilevanza economica è competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di "tutela della concorrenza"; con le norme contestate dalle Regioni il legislatore statale si è adeguato al principio dell'ordinamento comunitario sull'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica di un servizio pubblico.

Per quanto attiene a questo quarto nucleo tematico, la Provincia di Trento sembrerebbe esclusa dalla possibilità di qualificare con propria legge l'interesse economico dei servizi pubblici locali e sembrerebbe tenuta a recepire il dato che, in particolare, il servizio idrico è qualificato dalle norme statali in esame come servizio di rilevanza economica,

Una possibile resistenza a questo obbligo della Provincia starebbe nella constatazione che la LP n. 6/2004 contiene la previsione di un regolamento provinciale per stabilire quali sono i servizi pubblici locali di interesse economico e che la stessa LP non è stata impugnata dallo Stato per mancato adeguamento nei termini dei sei mesi dal 25.11.2009 (entrata in vigore delle norme statali).

Tuttavia non si può negare che questa parte della sentenza potrebbe ostacolare indirettamente in Trentino il processo di modifica degli Statuti comunali e di Comunità di Valle nel senso della dichiarazione del servizio idrico come privo di interesse economico. Potrebbe ostacolare questo processo ma non bloccarlo perché: a) esistono ancora residui margini di manovra nel rapporto tra normative statali e normative provinciali (almeno fino all'approvazione della Legge finanziaria provinciale 2011); b) la giurisprudenza costituzionale può mutare; c) alcuni ragionamenti giuridici (cfr. di seguito) individuano nella stessa sentenza della Corte Costituzionale spazi per poter ancora dichiarare il servizio idrico come servizio pubblico locale di interesse generale ²; d) il referendum potrebbe dare esito favorevole; e) il valore prevalentemente dichiarativo delle modifiche statutarie possiede valore politico importante e schiera in modo chiaro l'ente che adotta le modifiche all'interno di un percorso di rifiuto di ulteriore privatizzazione e di avvio di ripubblicizzazione.

² La bozza di delibera che il Comitato acqua bene comune di Tn ha fatto circolare per affrontare il problema contiene già questo elemento e dopo una apposita discussione collettiva andrebbe revisionata - in funzione della sentenza della Corte Costituzionale - in maniera probabilmente molto marginale.

Avv. Isidoro Malandra, 19.11.2010

La sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010 “impone, inevitabilmente, un riesame delle strategie politiche finora adottate dal movimento per l’acqua pubblica ed una loro rielaborazione, proprio alla luce degli insormontabili punti fermi messi dalla Corte su definizioni e competenze in materia di servizi pubblici ed in particolare in materia di Servizio Idrico Integrato”.

...

Le Regioni hanno sostenuto che: a) “la determinazione della rilevanza economica dei Servizi Pubblici Locali spetta alle Regioni e non allo Stato”; b) “la sfera di competenza in cui si colloca la normativa impugnata (art. 23 bis D.L. 112/08) non è quella statalmente esclusiva e costituzionalmente garantita della tutela della concorrenza ma quella dei servizi pubblici locali o della potestà regolamentare degli enti locali o della tutela della salute e alimentazione”.

Invece la Corte ha stabilito che: a) “la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di tutela della concorrenza” poiché il legislatore statale si è adeguato al principio dell’ordinamento comunitario secondo cui è escluso che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell’interesse economico del servizio”; b) “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’.

Nelle mie note datate 10 febbraio 2010 ... “ponevo in dubbio l’attendibilità della strategia che si fondava su una certa interpretazione dell’art. 2 del Protocollo 26 allegato al Trattato di Lisbona, quello che introduceva, senza minimamente sostanziarlo, il concetto di servizio pubblico privo di rilevanza economica, e proponevo di affrontare la questione della ripubblicizzazione facendo riferimento ad altre ipotesi contenute nella disciplina comunitaria. Sostenevo infatti che, accanto alle categorie di servizio ordinario (assolutamente assoggettato alle norme sulla concorrenza), di servizio di interesse generale economico (per cui sono previste deroghe al regime della concorrenza) e servizio di interesse generale non economico, la disciplina comunitaria introduce categorie, cui il regime della concorrenza non si applica, come quella del servizio locale che ha natura tale da non influire sul mercato e sugli scambi tra stati membri, e quella dei servizi sociali, tra cui si ricomprendono ad esempio l’istruzione o la prestazione di servizi di assicurazione obbligatoria. Mi auguro che tale proposta possa essere riesaminata e valutata alla luce della sentenza 325”.

“Nelle citate note scrivevo anche che: nelle more di un processo (quello di ripubblicizzazione) che sicuramente sarà lungo e contrastato, è opportuno, a mio avviso, attestarsi sulla difesa della gestione in house poiché questa è sicuramente legittima alla luce della normativa europea vigente”.

...

Chieti, 19 Novembre 2010

Avv. Isidoro Malandra

Prof. Alberto Lucarelli, “Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010”, in “Associazione Italiana dei Costituzionalisti”, n. 1/2011 del **30.11.2010**

Prof. Alberto Lucarelli, “Parere - Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010”, diretto alla Segreteria del Forum nazionale dei movimenti per l’acqua, messo in rete il **4.12.2010**

N.B.: i due testi praticamente coincidono ad eccezione di una parte di considerazioni finali inserita nel secondo

Sarebbe possibile non dissentire dall'opinione della Corte Costituzionale quando afferma che ci sarebbe omogeneità tra i "servizi pubblici locali di rilevanza economica" (dell'ordinamento italiano) e i "servizi di interesse economico generale" (dell'ordinamento comunitario) in merito natura economica dell'attività.

Non sarebbe possibile invece concordare con l'opinione della Corte quando afferma che l'omogeneità tra le due espressioni esisterebbe anche nei fini (entrambi sociali). Infatti "il comma 2 dell'art. 106 TFUE³ riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza". Dunque "in sostanza, i servizi di interesse economico generale non sarebbero sottoposti alle regole del mercato e della concorrenza in tutti i casi i cui ciò sia obiettivamente giustificato, ovvero laddove il principio della concorrenza impedisca agli enti erogatori di servizi di interesse economico generale di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale".

La Corte Costituzionale ha dichiarato "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".

Secondo Lucarelli questa posizione della Corte - ad una prima e superficiale interpretazione - contrasta con il diritto comunitario perché il diritto interno non potrebbe negare per sempre agli enti locali la possibilità di gestire direttamente i servizi pubblici locali; "in altre parole, la discrezionalità dello Stato non risiederebbe nel potere di prevedere o meno l'ipotesi pubblica, ma piuttosto nel riconoscere al comune il potere di valutare se ricorrere o meno a modelli non mercantili, così come previsti dal secondo comma dell'art. 106 TFUE".

Tuttavia l'autore "ritiene che, pur in presenza di tale interpretazione, e spigolando tra gli angusti spazi lasciati liberi dalla decisione, la Corte comunque consente dei margini di operatività per gli enti infrastatali di affidare la gestione diretta ad un soggetto di diritto pubblico". La Corte "ben percepisce la scivolosità della questione in oggetto, in particolare laddove afferma che lo Stato italiano abbia vietato di regola (così testualmente) la gestione diretta" (cfr. la sentenza, punti 6.1.1 e 7.1.1 delle Considerazioni di fatto, 6.1 delle Considerazioni in diritto).

Con tale affermazione la Corte ribadisce che l'art. 23 bis prevederebbe un divieto "di regola" che non escluderebbe tuttavia il ricorso all'eccezione, ancorché non esplicitamente contemplato, ma previsto dal diritto comunitario. In questo senso la Corte costituzionale, ben consapevole della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sa bene che, nel legittimare la discrezionalità della legislazione statale ad adottare anche norme più stringenti di quanto previsto dal diritto comunitario, tale discrezionalità non possa spingersi fino al punto da adottare norme divergenti. In sostanza, la Corte costituzionale sembra voler dire tra le righe, ma neanche troppo, che è possibile una legislazione più stringente e rigorosa del diritto comunitario, ma non al punto da porsi con essa in contrasto; e l'unico modo per non porsi in contrasto è proprio quello di lasciare dei margini di operatività al regime dell'eccezione; eccezione che è parte sostanziale del modello di cui all'art. 106, comma 2 TFUE.

Quindi, la Corte è come se rafforzasse il principio della regola che nega gestioni dirette al di fuori del mercato, legittimando le scelte dell'art. 23 bis, ma nello stesso tempo non nega in senso assoluto, e non potrebbe farlo alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, il ricorso a modelli in deroga, laddove la deroga al mercato non va intesa unicamente come ricorso alla gestione diretta, ma anche come ricorso all'affidamento del servizio ad un altro soggetto di

³ E' il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, Lisbona, 2007.

diritto pubblico. Ad esempio, l'azienda speciale è dotata di una ben distinta personalità giuridica e di un proprio autonomo bilancio, rispetto all'ente locale di riferimento, per essa, a differenza delle aziende municipalizzate, la gestione è formalmente e sostanzialmente pubblica, ma non diretta.

Di conseguenza “la Corte censura l'affidamento diretto come regola, non censura l'art. 23 bis nella parte in cui non prevede l'eccezione (in quanto norma più stringente adottata in forza della discrezionalità statutale), ma non nega che ad essa possa farsi ricorso”.

La Corte costituzionale, incidentalmente, si occupa delle aziende speciali, richiamando l'art. 35 della l. n. 448 del 2001 che, nel modificare l'art. 113 del TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali di rilevanza industriale (servizi poi definiti di rilevanza economica per effetto dell'art. 14 del decreto legge n. 269 del 2003 poi convertito in legge n. 326 del 2003) ogni gestione diretta oppure tramite azienda speciale 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. La Corte costituzionale esclude la gestione tramite azienda speciale, ma tale esclusione si applicherebbe ai servizi industriali, chiamati adesso a rilevanza economica, ma non ai servizi di interesse economico generale.

L'azienda speciale è dunque tuttora presente nell'ordinamento giuridico italiano (art. 114 TUEL) e, in forza del regime in deroga, le potrebbe essere attribuita, da parte dell'ente locale, la gestione del servizio.

Lucarelli è peraltro prudente: “È evidente che la nostra è un'interpretazione che tende a considerare possibile l'affidamento del servizio all'azienda speciale, basandosi su un criterio logico-sistematico che non sempre coincide con quello letterale. Ciò significa che, al momento, sul piano attuativo, tale interpretazione non sembra di facile praticabilità”.

Lucarelli pone in dubbio l'affermazione della Corte secondo cui “la competenza in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica debba essere attribuita in via esclusiva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, in quanto rientrante ... nella tutela della concorrenza”. Secondo l'autore, infatti, “poiché la materia dei servizi di interesse economico generale ... come soprattutto afferma il diritto comunitario, è diversa dai servizi pubblici locali a rilevanza economica, in quanto suscettibile di essere regolata al di fuori delle regole del mercato, essa non può essere intesa come materia di assoluta pertinenza concorrenziale”.

La tutela della concorrenza non è “una materia unitaria ed omogenea” ma “una categoria giuridica, nella quale lo Stato può dettare regole generali, come affermato dalla Corte costituzionale nel 2004 (sent. n. 272 del 2004), senza impedire alle regioni e agli enti locali, anche con atti di natura amministrativa, di optare per modelli non mercantili e quindi di dichiarare nel proprio statuto il servizio idrico, servizio privo di rilevanza economica”.

Riconducendo ogni questione alla materia della concorrenza la Corte sottrae “agli enti infrastatali il potere di decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, sottraendo quindi di fatto alla regioni e ai comuni il potere di qualificare il servizio idrico servizio privo di rilevanza economica”.

Nonostante tutto, la sentenza della Corte “non dovrebbe impedire agli enti infrastatali di affidare la gestione del servizio ad un soggetto di diritto pubblico”.

I motivi di questa conclusione sono i seguenti.

“In forza dell'art. 14 TFUE, dell'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, ma soprattutto ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, il comune può dichiarare nel proprio statuto il servizio idrico servizio di interesse generale (categoria comprensiva i servizi di interesse economico generale) piuttosto che servizio privo di rilevanza economica, nel rispetto della sentenza in oggetto, e può ritenere, in relazione alla fattispecie specifica, con propri atti statutari e regolamentari, necessaria la gestione diretta del servizio. Si tratterebbe, nell'ambito della

categoria dei servizi di interesse generale, quindi anche a rilevanza economica, ed ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, di un atto in deroga, di opportunità e valutazione politico-gestionale, oltre che socio-economica, che potrebbe trovare una sua collocazione sistematica e più ampia, in armonia con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., anche attraverso procedimenti legislativi regionali. In questo senso le regioni potrebbero egualmente dichiarare il servizio idrico servizio di interesse generale, senza violare né l'art. 23 bis, né quanto affermato dalla Corte, anzi in assoluta armonia sostanziale sia con la suddetta norma che con l'intervento giurisprudenziale”.

“Le decisioni politiche regionali e/o comunali, tese a dichiarare il servizio idrico servizio di interesse generale e a manifestare e ad argomentare che tale servizio debba essere gestito in deroga alla regola della concorrenza, non sembrerebbero porsi in contrasto con la legislazione statale e con la sentenza della Corte costituzionale, ma piuttosto esprimerebbero una volontà in deroga, dal carattere dell'eccezionalità, in relazione a specificità territoriali più facilmente percepibili da enti infrastatali. In sostanza, il comune dichiara nel proprio statuto, sulla base di una norma gerarchicamente superiore al diritto interno (si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia ...), il servizio idrico servizio di interesse generale (categoria comprensiva i servizi di interesse economico generale e quindi i servizi pubblici locali di rilevanza economica in armonia con i dettami della Corte costituzionale e della legislazione statale) ma valuta contestualmente anche l'opportunità politica e socio-economica di non poter raggiungere attraverso il mercato e la concorrenza la specifica missione loro affidata, per cui deve procedere in deroga alla regola della concorrenza attraverso l'affidamento del servizio ad un soggetto di diritto pubblico”.

“La procedura in deroga contemplata dal diritto comunitario per i servizi di interesse economico generale” (art. 106, comma 2, TFUE) deve essere garantita anche nell'ordinamento interno così come indicato dal “Consiglio di Stato (Cons. Stato n. 7080 del 23 settembre 2010) che ha ribadito l'incomprimibile autonomia degli enti locali di non ricorrere al mercato, in ossequio al principio costituzionale di cui agli artt. 5 e 117 della Costituzione”.

Conclude riassuntivamente Lucarelli: “alla luce della sentenza n. 325 del 2010, è evidente che per i comuni gli spazi per una gestione diretta (consorzi tra comuni ex art. 31 TUEL del 2001) o attraverso azienda speciale, si riducono, ma come si è visto, non si precludono del tutto. I comuni potranno predisporre delle mozioni che dichiarino il servizio idrico integrato servizio di interesse generale, motivando le ragioni per le quali il servizio debba essere necessariamente affidato e gestito al di fuori della regola del mercato e della concorrenza. Nella mozione comunale non si metterebbe in discussione la rilevanza economica del servizio ma la sua peculiarità e la necessità, ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, dell'art. 14 TFUE, dell'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali e del Protocollo n. 26, oltre che della giurisprudenza richiamata, che sia gestito in deroga con affidamento del servizio ad un soggetto di diritto pubblico che potrebbe essere o il consorzio tra comuni o l'azienda speciale. Anzi, è possibile affermare che, in linea con il nostro ragionamento, e soprattutto alla luce della sentenza della Corte costituzionale, avrebbe più spazio il consorzio tra comuni, piuttosto che l'azienda speciale, verso cui la Corte appunto sembra assumere un atteggiamento più rigoroso”.

“Chi scrive, è fortemente convinto che il servizio idrico integrato debba rientrare tra i servizi privi di rilevanza economica, al di fuori della regola del mercato e della concorrenza, non in virtù di una deroga ma di un principio fondante ed ispiratore delle politiche pubbliche. Questa deve essere la regola e non l'eccezione. Dunque, l'auspicio è che prima il referendum e poi la legge di iniziativa popolare, dichiarando l'acqua bene comune dell'umanità, consentano ai comuni di poter dichiarare il servizio idrico un servizio privo di rilevanza economica, offrendo loro il legittimo potere di far ricorso all'azienda speciale o ad altri soggetti di diritto pubblico. ... Occorre un'inversione di rotta, che significa innanzitutto da parte del pubblico una riacquisizione di responsabilità politiche e il ripristino di una tavola gerarchica dei principi. Significa avere la

piena consapevolezza che una dissennata e volgare applicazione del principio della concorrenza e la progressiva occupazione di spazi e beni pubblici in settori che hanno ad oggetto beni funzionali serventi ad ambiti così delicati, proprio perché in primis tesi alla tutela dei diritti fondamentali, può senz'altro indurre ad un disarmo funzionale di responsabilità da parte dello Stato. ... L'auspicio è che possa nascere un nuovo modello di pubblico, un modello che sappia e voglia andare oltre le aziende speciali con l'obiettivo di affermare una nuova dimensione di pubblico non "statalista", ma partecipata, nella quale coinvolgere anche associazioni e comitati, messi in condizione di proporre, gestire, controllare. "Occorre uscire dalla logica proprietaria che lega il dominus al bene e considerare che in merito all'acqua si è in presenza della gestione di un bene comune, di appartenenza collettiva, in cui il gestore ancorché pubblico, è vincolato dalle fasce d'utilità ad esso riconducibili. ..."

Avv. Isidoro Malandra, Chieti, 5 Dicembre 2010
NOTE SU SENTENZA CORTE COST. 325/10 E PROSPETTIVE
"La forma dell'acqua"

... omissis ...

"E' superabile la statuizione della Corte Cost. la quale ritiene inammissibile la gestione diretta? La risposta potrebbe essere, a mio avviso, positiva, a condizione che si vada oltre la definizione, proposta da Lucarelli, di servizio di interesse generale per analizzare quella più specifica di servizio di interesse generale a carattere locale che non influisce sullo scambio tra gli stati membri. La Commissione europea statuisce infatti "che il diritto comunitario in materia di concorrenza si applica soltanto quando le attività in questione siano di natura tale da influire sugli scambi tra stati membri. Inoltre le norme del trattato che definiscono la libera prestazione di servizi non si applicano quando tutti gli aspetti di tali attività siano limitati a un solo stato membro....per quanto riguarda le norme antitrust (articolo 81 e articolo 82 trattato CE), un'attività che influisce sul mercato in modo solo marginale – e ciò può avvenire nel caso di numerosi servizi d'interesse generale avente carattere locale – non pregiudica di norma gli scambi tra stati membri e non è pertanto soggetta alle norme comunitarie". Una tale impostazione consentirebbe ai comuni di aggirare la sentenza 325 dal momento che questa vieta ai comuni di decidere se il servizio idrico abbia rilevanza economica o meno ma non si pronuncia in merito alla possibilità che i comuni dichiarino il servizio idrico non soggetto alle norme comunitarie in quanto avente carattere locale non influente sugli scambi tra gli stati membri. A questo punto andrebbe indagata la possibilità che il comune gestisca direttamente il servizio idrico a mezzo del consorzio e che il consorzio stesso rientri tra gli strumenti utilizzabili (per quello di servizi valgono le regole dell'azienda speciale mentre quello di funzioni è stato abolito)."

... omissis ...

Commento del **Prof. Carlo Iannello**, "Come fermare i privatizzatori dell'acqua", su Il Manifesto, 7.12.2010

“La recente sentenza della Corte Costituzionale sui servizi pubblici locali ... ha difeso il processo di privatizzazione iniziato negli anni Novanta ...”.

“Sul piano giuridico ... continuare a sostenere la possibilità, a normativa vigente, di realizzare in via amministrativa un affidamento della gestione del servizio idrico ad azienda speciale, rappresenta un errore inescusabile ... in presenza di un esplicito divieto in tal senso sconsideratamente ribadito dalla Corte Costituzionale (che avrebbe potuto invece eliminarlo)”.

“Sul piano politico ... è necessario riaffermare ... il primato delle gestioni pubbliche su tutte le forme di gestione privatistica, sia in forma di «organismi di diritto pubblico», come le società per azioni a capitale interamente pubblico, sia in forma aziendalistica. La sconfitta politica e culturale nel campo dei servizi pubblici locali affonda infatti le sue radici nella trasformazione delle municipalizzate ... in aziende speciali dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale ...”.

L'autore conclude per una “grande battaglia ... che abbia come obiettivo la richiesta di una legge che reintroduca l'azienda municipalizzata per la gestione dei servizi pubblici locali”.

Istituto Italiano per gli Studi Filosofici - Napoli

Mercoledì, 1 dicembre 2010 - **Seminario** sul tema:

“La gestione pubblica del servizio idrico integrato dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 3 novembre 2010, n. 325”.

Sintesi di alcuni interventi da file audio

Prof. Vincenzo Coccozza

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Le impugnative regionali hanno seguito due grandi filoni tematici: a) le norme statali di privatizzazione del 2008-2009 ledono la potestà esclusiva regionale in materia di organizzazione e disciplina dei servizi pubblici locali; b) le stesse norme statali ledono la natura giuridica della Regione come ente esponenziale degli enti locali.

La sentenza della Corte Costituzionale è da sottolineare per tre punti essenziali.

Il primo punto riguarda la irrilevanza comunitaria della scelta fatta dallo Stato italiano; in altri termini, la scelta di definire di rilevanza economica i servizi pubblici locali è una scelta libera dell'Italia non imposta dal diritto comunitario (e il concetto di rilevanza economica del diritto interno è analogo al concetto di servizio di interesse economico generale del diritto comunitario). Sotto questo profilo, però, la Corte italiana si disallinea rispetto alla giurisprudenza comunitaria, che ha sempre ritenuto la necessità di spazi liberi dentro gli ordinamenti interni.

Il secondo punto attiene all'esistenza di contraddizioni nelle motivazioni della Corte.

In due passaggi della propria decisione la Corte sostiene che l'impugnativa della normativa statale 2008-2009 non è ammissibile perché non fu a suo tempo impugnata la normativa di privatizzazione sistemica degli anni 2001-2003⁴; tuttavia la Corte descrive in modi differenti le relazioni tra questi due corpi di normative considerando in un caso quelle del 2008-2009 come uno sviluppo delle precedenti e in un altro caso come una conferma delle precedenti. Per il secondo caso, va osservato che la giurisprudenza della Corte normalmente ammette che siano impugunate le norme confermate.

⁴ Si riferisce all'articolo 35 della Legge n. 448/2001 e all'articolo 14 della Legge n. 326/2003.

Inoltre la Corte ha ritenuto che nelle loro contestazioni le Regioni non potevano considerare che i servizi pubblici locali sono funzioni fondamentali degli enti locali, e quindi lamentare la lesione delle proprie competenze in materia di organizzazione e disciplina di tali funzioni. Tuttavia in altra sua giurisprudenza precedente e recente la Corte aveva al contrario stabilito che le competenze comunali in ordine al servizio idrico devono essere considerate tra le funzioni fondamentali degli enti pubblici locali (cfr. la sentenza n. 307/2009).

Il terzo punto - centrale – riguarda l'individuazione del servizio pubblico di rilevanza economica. Su questo la Corte fa un ragionamento criticabile, individuabile in tre passaggi.

Il primo passaggio attiene alla portata della nozione di rilevanza economica. Nella propria sentenza 272/2004 la Corte aveva richiamato la giurisprudenza comunitaria e il Libro verde della UE sui Servizi di Interesse Generale e aveva parlato di un rapporto fluido tra la condizione di rilevanza economica e quella di non rilevanza economica: considerando perciò impossibile una aprioristica definizione del concetto di rilevanza economica⁵. Invece nella sentenza n. 325/2010 che si discute la Corte registra un disallineamento di fronte alla disciplina comunitaria e alle proprie precedenti decisioni perché considera che la nozione di rilevanza è riferita ad un servizio che per oggetto è tale e tale può essere in una prospettiva di mercato, spostandosi così dalle modalità di svolgimento del servizio all'oggetto del servizio; si tratta di una scelta decisiva perché così la nozione di rilevanza economica diventa oggettiva, senza peraltro un chiarimento adeguato.

Il secondo passaggio attiene al fondamento costituzionale della nozione di rilevanza economica: La Corte si pone la domanda ma non fornisce una risposta se non attraverso il riferimento tautologico all'articolo 23 bis.

Il terzo passaggio attiene alla decisione sulla competenza a definire quali sono i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Competenza statale o regionale? Stabilendo quella statale esclusiva perché si rientra nella materia della tutela della concorrenza, la Corte trascura che la tutela della concorrenza è il fondamento della competenza statale ma non è il fondamento costituzionale della nozione di rilevanza economica. Non dando una risposta su questo elemento la Corte non nemmeno ha compiuto un reale bilanciamento di tutti gli interessi statali e regionali in gioco, garantiti dalla Costituzione.

Per quanto criticabile, la sentenza della Corte traccia un quadro che non offre molti spazi per scelte ed opzioni diverse. I quesiti referendari possono essere a rischio perché il modo con cui sono stati confezionati tenendo conto di questa sentenza - può dare spazio a problemi di legittimità ed ammissibilità.

Prof. Carlo Iannello

Seconda Università degli Studi di Napoli

Una parte della decisione della Corte è annunciata dalla precedente sua giurisprudenza, da cui normalmente la Corte si discosta poco (salvo che in questa decisione che si commenta):

a) secondo la sentenza n. 272/2004 lo Stato interviene nella materia dei servizi pubblici locali perché ad esso spetta la tutela della concorrenza, restando alle Regioni un margine di autonomia nella disciplina dei servizi senza rilevanza economica;

⁵ L'intervento richiama il parere della CORTE DEI CONTI, SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA, 17.32009, secondo cui per qualificare la rilevanza economica di un servizio non può valere l'oggetto ma valgono le modalità di svolgimento del servizio). Si legga il testo delle conclusioni del parere: "L'ambito di disciplina previsto dall'art. 23bis del D.L. n. 112/2008 riguarda i servizi pubblici a rilevanza economica. Tuttavia, non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)".

- b) secondo la sentenza n. 335/2008 il servizio idrico integrato è una attività commerciale ⁶;
- c) secondo la sentenza n. 249/2009 la disciplina dello Stato sulle forme di gestione del SII rientra nella tutela della concorrenza ⁷;
- d) secondo la sentenza n. 307/2009 le competenze comunali in ordine al servizio idrico devono essere considerate tra le funzioni fondamentali degli enti pubblici locali, in contrasto con la precedente sentenza n. 272/2004.

Altra parte della decisione della Corte attiene a un contenuto di tipo nuovo, non annunciato da precedente giurisprudenza, relativamente alla definizione di rilevanza economica.

Ma qui la Corte presenta una contraddizione nei propri argomenti.

Per quanto il diritto comunitario non imponga né vieti al legislatore nazionale una soluzione rigida, e per quanto esso rechi della rilevanza economica definizioni variabili e non monolitiche, la Corte italiana ha selezionato e recepito solo quella secondo cui la rilevanza economica di un servizio pubblico è un dato pregiudiziale di cui il diritto deve prendere atto.

Ma secondo Iannello la rilevanza economica è nozione che non vuole dire nulla e serve di soltanto copertura alla privatizzazione.

Le Regioni, rappresentando l'autonomia degli enti locali, avevano contestato l'obbligo imposto norme statali di affidare il servizio pubblico locale solo tramite gara; la Corte non è entrata nel merito e ha usato l'espedito procedurale secondo cui la possibilità di gestione diretta è stata eliminata nel 2001 e oggi la questione è sollevabile. La Corte dunque non ha veramente sancito la legittimità dell'art. 23 bis, è semplicemente passata oltre la questione.

Infine, non vedendo che le norme impugnate trattano i servizi pubblici locali in modo peggiorativo rispetto a tutte le altre forme di acquisizione, gestione e fornitura di beni e servizi da parte degli enti locali (che in questo secondo caso possono ancora ricorrere a forme di gestione diretta in economia) la Corte non ne ha riscontrato la macroscopica illegittimità costituzionale.

Un intervento conclusivo.

Con la sent. n. 14/2004 la Corte Costituzionale aveva già cominciato a considerare molto centrale il valore "tutela della concorrenza" dandogli anche un rilievo in qualche modo superiore agli altri interessi: la tutela della concorrenza crea sempre motivo di prevalenza della normativa statale, questo è un elemento da diverso tempo presente nella giurisprudenza della Corte.

Parere dell'Avv. Alessandra Quarta inviato alla lista del Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua, 8.12.2020

⁶ Sulla base di un ricorso incidentale di un cittadino, si trattava di decidere se il prezzo del servizio di depurazione è dovuto anche quando il servizio non è effettivamente offerto e svolto. La Corte stabilì che quel prezzo non è una tassa ma il corrispettivo di una prestazione e dunque non è dovuto se la prestazione manca. Si ricorderà che vari provvedimenti governativi hanno poi depotenziato moltissimo l'impatto di questa decisione sui costi del SI laddove la depurazione è ancora assente. Dal punto di vista della qualificazione del servizio idrico come servizio di rilevanza economica questa decisione - accolta per certi aspetti con entusiasmo - è stata tuttavia sottovalutata.

⁷ La Regione Calabria aveva impugnato l'articolo 150 del Codice dell'Ambiente del 2006 - lo stesso oggetto del secondo quesito referendario del 200 - laddove stabiliva che il SII poteva essere svolto solo da SpA a capitale 100% privato individuate con gara pubblica ovvero da SpA a capitale misto pubblico-privato con socio privato individuato tramite gara pubblica ovvero da SpA a capitale 100% pubblico su cui gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che svolgesse la parte prevalente della propria attività a favore degli enti pubblici controllori.

Sintesi della decisione della Corte da parte dell'Avv. Quarta

La Corte Costituzionale ha analizzato alcuni nuclei tematici principali che emergono dalle censure delle Regioni ricorrenti.

4) Rapporti tra le norme italiane di privatizzazione e il diritto comunitario.

La Corte Costituzionale compie “un’analisi delle analogie e delle differenze esistenti tra la disciplina nazionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quella comunitaria dei servizi di interesse economico generale”.

Le analogie consistono nel fatto che “entrambe le discipline rinviano a dei servizi resi mediante un’attività economica” cioè un “attività che offre beni e/o servizi su un certo mercato, attraverso un’impresa pubblica o privata”.

Le differenze. Per il diritto comunitario “la gestione diretta⁸ da parte di un’autorità pubblica è ammessa solo nel caso in cui lo Stato ritenga che l’applicazione delle regole della concorrenza siano di ostacolo alla missione dell’ente pubblico”; le norme italiane sono andate oltre “ponendo un generale divieto rispetto la gestione diretta” che è vista solo come forma derogatoria; peraltro secondo l’Unione Europea l’in house providing deve rispettare tre condizioni (totale partecipazione pubblica, controllo analogo, prevalenza dell’attività in favore dell’ente controllante) mentre l’Italia ne aggiunge altre (tra cui il parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). Per il diritto comunitario “l’affidamento della gestione di un SIEG a società miste pubblico-privato” deve intervenire con gara per la scelta del socio privato; le norme italiane vogliono inoltre che il socio privato possieda una partecipazione di almeno il 40%.

“La maggiore espansione dello strumento della gare attuato mediante il Decreto Ronchi non è una soluzione né imposta né vietata dall’Unione Europea: nella disciplina della gestione dei servizi pubblici, l’Unione si limita a fissare una soglia normativa minima e inderogabile, entro cui ciascuno Stato membro può muoversi con discrezionalità”.

... omissis ...

2) La competenza in materia di servizi pubblici locali.

E’ competenza esclusiva dello Stato, che è l’unico soggetto idoneo a decidere su determinazione della tariffa, forme di gestione e procedure di affidamento.

3) La competenza esclusiva dello Stato è stata esercitata conformemente al principio della ragionevolezza?

La Corte ha osservato:

4) la normativa statale poteva essere elaborata come auto applicativa e di dettaglio (al contrario di quanto sostenevano le Regioni) per consentire accesso al mercato e favorire la capacità imprenditoriale; “sono da considerare ragionevoli – e cioè adeguate e proporzionate – tutte quelle norme che, muovendosi in una cornice di tutela della concorrenza, garantiscono al meglio finalità pro concorrenziali”;

b. “il legislatore effettua un bilanciamento tra l’interesse alla tutela della concorrenza e la partecipazione dell’ente locale alla gestione dei servizi pubblici nel momento in cui ammette che la società a totale capitale pubblico possa partecipare alle procedure competitive”; “è dunque ragionevole anche la disciplina transitoria per la messa a gara degli affidamenti non conformi” alle nuove norme statali poiché “stabilendo un regime di scadenze differenziate, essa da una parte assicura un’attenuazione delle conseguenze negative derivanti da una cessazione anticipata dalla gestione, dall’altra evita la possibilità che venga invocato un affidamento incolpevole del gestore in scadenza nella durata naturale del contratto di servizio”.

⁸ E’ necessario ricordare che in questa nozione sono compresi gli affidamenti diretti in house a SpA totalmente pubbliche.

4) A chi spetta definire un servizio pubblico di rilevanza economica.

Secondo la Corte

“la rilevanza economica è un criterio di portata oggettiva e non soggettiva, utilizzabile come criterio discrezionale per l’applicazione di norme concorrenziali e concorsuali: pertanto, spetta allo Stato definire quando sussista la rilevanza economica, essendo predominante la sua competenza in materia di tutela della concorrenza”;

“è del tutto legittimo che lo Stato possa escludere gli enti infrastatali da una decisione in merito, soggettiva e discrezionale”;

la rilevanza economica continua a qualificare un servizio pubblico locale anche nelle ipotesi in cui “è possibile non ritenere efficace ed utile il ricorso al mercato, essendo quindi preferibile una deroga alle modalità ordinarie”.

Alcune valutazioni dell’Avv. Quarta

Sulla qualificazione del concetto di rilevanza economica la Corte non fa molta chiarezza. Nella sua precedente sentenza n. 272 del 2004, escludeva che i servizi privi di rilevanza economica (peraltro non definiti) potessero essere oggetto di una normativa solo statale e affermava: "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”.

Il diritto comunitario in materia non è così netto come sostiene la Corte Costituzionale italiana.. Ad esempio, l’art. 1 del Protocollo 26 del Trattato di Lisbona stabilisce che “I valori comuni dell’Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell’articolo 16 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”; è chiaro il coinvolgimento delle autorità locali nella fornitura e nell’organizzazione di servizi di interesse economico generale.

Un simile ruolo attivo delle autorità locali emerge anche dalla giurisprudenza comunitaria. Si veda ad es. Corte di giustizia UE sentenza 9.6.2009, causa C-480/06: “un’autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”, “il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico”.