

Nota a prima lettura della sentenza C.C. n. 29/2006

a cura di Adriana Vigneri

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 23 del 2006

La Corte costituzionale n. 26/06 ha dichiarato in parte (in piccola parte) incostituzionale – su ricorso del Governo - la l.r. n. 23/2004 della Regione Abruzzo (*Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica*).

L'Avvocatura dello Stato ha sospettato di illegittimità costituzionale:

- **l'art. 4, comma 4**, che vieta alle società a capitale interamente pubblico (e rispettive società collegate e controllate), proprietarie di reti, impianti, dotazioni patrimoniali e beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale, di partecipare alle gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato; in quanto limitazione non contemplata e irrazionale;

- **l'art. 7, comma 4, lettera b)**, che vieta alle medesime società, affidatarie dirette della gestione (in ipotesi anche integrata) del servizio pubblico locale, di partecipare alle gare, ad evidenza pubblica, per la scelta del soggetto gestore del servizio e per la scelta del socio privato delle società a capitale misto, che contrasterebbe con l'unicità del mercato e negando una disciplina transitoria, lederebbero «uno dei canoni fondamentali di cui all'art. 3 della Costituzione»;

- **l'art. 7, comma 1, lettera b)** che stabilisce un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) alla partecipazione azionaria del socio privato nelle società a capitale sociale misto pubblico/privato, cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico locale a rilevanza economica.

Ad avviso della difesa dello Stato, quindi, vi sarebbe la lesione della competenza statale in ordine alla determinazione dei principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica (art. 117, terzo comma, della Costituzione), nonché della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia “tutela della concorrenza” (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione);

- **l'art. 7, comma 4, lettera d)**, che vieta alle società a capitale interamente pubblico di conferire incarichi professionali, di collaborazione e di qualsiasi altro genere, a persone e/o a società legate da rapporti di dipendenza e/o di collaborazione con l'ente o gli enti titolari del capitale sociale, in quanto tali obbligati ad esercitare sulle società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Poiché il mancato rispetto della norma darebbe luogo alla nullità dell'atto costitutivo del rapporto, si profilerebbe un'invasione della competenza legislativa nella materia “ordinamento civile”, riservata in via esclusiva allo Stato e si configurerebbero delle incompatibilità nell'esercizio delle professioni, che attengono, ugualmente, al piano dell'ordinamento civile. Potrebbe, infine, ipotizzarsi un contrasto con i principi comunitari di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi;

- **l'art. 7, comma 4, lettera f)**, il quale, prevedendo che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico locale, siano obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente – porrebbe a carico di società private obblighi e oneri non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, ed invaderebbe, quindi, la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia “ordinamento civile” (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione);

- **l'art. 7, comma 4, lettera g)**, in quanto detta norma – nel prevedere l'ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime – lederebbe la competenza esclusiva dello Stato, *ex art. 117, secondo comma, lettera p)*, della Costituzione, «in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

La Corte ha dichiarato incostituzionali l'art. 7, comma 4, lett. b) e g) e ha respinto tutti gli altri motivi di ricorso.

Sull'art. 7, comma 4, lett. b).

L'art. 7, comma 4, disciplina il caso di gestione *in house*, prevedendo tra l'altro che le società in questione e sue controllate o collegate non possano partecipare alle gare, con effetto dall'entrata in vigore della legge. La legge regionale si era così discostata dalla legge statale (art. 113 del TUEOL), nella parte in cui quest'ultima prevede che il divieto di partecipare a gare (per la scelta del gestore o di socio di società mista), di cui sono destinatari i soggetti beneficiati da affidamenti diretti e comunque da procedure non ad evidenza pubblica, e i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio), si applichi a partire dalla fine del periodo transitorio (fissata nell'art. 113 al 1 gennaio 2007). Dopo il 1 gennaio 2007 il divieto non opera per la prima gara che ha per oggetto il servizio fornito dalla società di cui si tratta.

La Corte, premesso che la competenza statale si fonda sulla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 Cost., e che nell'art. 113 TUEOL operano a tutela della concorrenza non solo le disposizioni a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei spl, ma anche le relative disposizioni a carattere transitorio, che sono da considerarsi "ragionevoli", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 cit. nella parte in cui non prevede che il divieto si applichi a decorrere dal 1 gennaio 2007, salvo nel caso in cui si tratti delle prime gare relative al servizio già gestito dalla società affidataria diretta.

La Corte conferma in tal modo gli orientamenti già espressi nella sent. n. 272/2004, in cui aveva affermato "*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*". Ora, con la sentenza n. 29/2006, avalla un altro aspetto della disciplina transitoria, che, non ammettendo l'applicazione immediata del divieto, mira, dice la Corte, ad attutire l'impatto di un nuovo regime, mediante un "*progressivo adeguamento al mercato*". La Corte evidenzia che il divieto per taluni soggetti di partecipare alle gare (comma 6, art. 113) tende a garantire la più ampia libertà di concorrenza¹, ma non coglie, o almeno non evidenzia, che la sospensione temporanea del divieto ha lo stesso obiettivo (e non quello del *progressivo adeguamento al mercato*). Si tratta infatti di assicurare una pluralità di competitori anche nel caso di gare che si aprano durante il periodo transitorio.

Sull'art. 7, comma 4, lett. g).

La dichiarazione di incostituzionalità della lett. g) affronta una questione importante ma laterale ai temi principali dei pubblici servizi. Secondo la norma regionale, i legali rappresentanti, i componenti degli esecutivi e i dirigenti delle società *in house* sono ineleggibili alle cariche di sindaco, presidente e consigliere di comuni e province titolari del relativo capitale sociale. La Regione ha ritenuto di legittimare il proprio intervento affermando che in capo a tali soggetti vi è il potere di controllo su dette società. La Corte ha ritenuto che sia stata invasa in tal modo la competenza statale nella materia "organi di governo", e che non rileva la parziale coincidenza di tale disciplina con quella statale, non essendo legittimata la Regione neppure ad adottare una disciplina identica.

Sulle questioni disattese.

Interessanti sono anche gli argomenti con i quali la Corte ha respinto altre eccezioni di costituzionalità sollevate dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro altri aspetti della disciplina regionale, sostenendone il carattere eccessivamente restrittivo, insomma di essere troppo severo nella tutela della concorrenza.

¹ Il divieto, e le eccezioni al divieto, erano già presenti nel disegno di legge del Governo nella XIII legislatura, da cui sono state sempre riprodotte nelle iniziative legislative successive.

Il ricorso riguardava anche 1) la norma regionale che impedisce alle società pubbliche titolari delle reti (e relative controllate e collegate) di partecipare a gare per la scelta del gestore o del socio della società di gestione (art. 4, comma 4); la norma regionale che prescrive la partecipazione non inferiore al 40% del socio privato nelle società miste (art. 7, comma 1, lett. b); la norma che vieta alle società in house il conferimento di incarichi professionali o di collaborazione a dipendenti o collaboratori dell'ente titolare del capitale sociale (art. 7, comma 4, lett.d); la norma che impone la procedura con evidenza pubblica per selezionare il personale dipendente (art. 7, comma 4, lett.f). La Corte afferma che le regioni, in quanto titolari della competenza residuale in materia, ben possono integrare la disciplina dettata dallo Stato. Nel caso delle società del comma 13 dell'art. 113, il divieto di partecipare a gare integra la disciplina statale con una determinazione che *“si presenta coerente con il principio d'ordine generale, pur se derogabile, che postula la separazione tra soggetti proprietari delle reti e soggetti erogatori del servizio”*. Nel caso delle società miste, l'integrazione è ragionevole perché risponde all'esigenza di evitare che *“partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione del servizio pubblico locale”*. In quello degli incarichi professionali a determinati soggetti, non si entra nel campo dell'ordinamento civile: le conseguenze dell'incarico vietato non incidono sullo status del professionista, né producono la nullità del contratto, ma si risolvono in una responsabilità a carico della società, nel corretto intento di evitare conflitti di interessi. Quanto alla prescrizione sulle modalità di assunzione del personale dipendente, la società in questione va assimilata al regime giuridico degli enti pubblici. Senza poter scendere nei dettagli, si osserva che la Presidenza del Consiglio ha contestato precisamente i criteri di correttezza cui la legge regionale si è attenuta, e che la Corte ha approvato. Resta da approfondire, tra l'altro, se alcune norme introdotte dalla Regione (ad esempio, quella integrativa del comma 13, art. 113) non sia già desumibili dall'interpretazione della legge statale e non vincolino dunque, non semplicemente la Regione Abruzzo, ma tutte le regioni d'Italia.

Sulla determinazione dei principi ricavabili dall'art. 113 e vincolanti per le regioni.

Ma l'aspetto più interessante della sentenza è costituito dal fatto che in questa occasione la Corte ha completato le considerazioni di carattere generale che aveva avviato nella sentenza n. 272/2004, individuando preliminarmente i principi ricavabili dall'art. 113.

Dice la Corte che dall'esame del contenuto del citato art. 113, in combinato disposto con altre norme nel medesimo articolo richiamate, sono desumibili, i seguenti principi vincolanti per le regioni:

– la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali spetta agli enti locali (art. 113, comma 2), che possono conferirla però – come si è precisato – a società a capitale interamente pubblico (art. 113, comma 13);

– le discipline di settore possono stabilire i casi in cui l'attività di gestione delle reti e degli impianti può essere separata dalla erogazione del servizio (art. 113, comma 3); qualora sia stata prevista detta separazione, per la gestione gli enti locali si avvalgono, con affidamento diretto, delle società proprietarie delle reti, di società a capitale interamente pubblico costituite allo scopo, oppure, mediante procedure di evidenza pubblica, di imprese idonee (art. 113, commi 13 e 4);

– il conferimento della titolarità del servizio pubblico, per l'erogazione dello stesso, è affidato (art. 113, comma 5):

a) a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare ad evidenza pubblica;

b) a società di capitale misto pubblico/privato, nelle quali il socio privato sia scelto attraverso gare ad evidenza pubblica;

c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulle 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 gli enti pubblici che la controllano;

– le società che in Italia o all'estero gestiscono a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica o a seguito dei relativi rinnovi, nonché le società controllate o collegate alle medesime ovvero i soggetti titolari della gestione delle reti (quando sia disgiunta dall'erogazione del servizio) non possono partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione del servizio pubblico di cui al comma 5 (art. 113, comma 6);

– il divieto da ultimo richiamato opera per entrambe le categorie di soggetti ivi indicate soltanto a partire dal 1° gennaio 2007, a meno che non si tratti «dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa» (comma 15-quater, aggiunto all'art. 113 dall'art. 4, comma 234, della legge n. 350 del 2003).