

RICORSO N. 15 DEL 3 MARZO 2009 (PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI)

RICORSO PER LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE 3 marzo 2009 , n. 15

Ricorso per questione di legittimita' costituzionale depositato in cancelleria il 3 marzo 2009 (del Presidente del Consiglio dei Ministri).

(GU n. 13 del 1-4-2009)

Ricorso del presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, nei cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Contro la Regione Lazio, in persona del Presidente in carica per l'impugnazione della legge regionale del Lazio 24 dicembre 2008, n. 31, pubblicata nel Bollettino ufficiale della Regione Lazio n. 48 del 27 dicembre 2008, recante «Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2009 (art. 11, legge regionale 20 novembre 2001, n. 50)», in relazione al suo art. 38, commi 1, 3 e 5.

La legge regionale del Lazio n. 31 del 2008, all'art. 38, rubricato «Interventi in materia di trasporto pubblico locale», dispone:

«1. In vista dell'entrata in vigore il 3 dicembre 2009 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, e comunque entro il 31 dicembre 2010, tutti i servizi di trasporto pubblico locale devono essere affidati nel rispetto di quanto previsto dal citato regolamento (CE) n. 1370/2007 e di quanto stabilito dall'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitivita', la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) convertito, con modifiche, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e dall'art. 23-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, la regione e gli enti locali possono stabilire di fornire essi stessi i servizi di trasporto pubblico di passeggeri nei loro territori o di procedere all'affidamento diretto di contratti di servizio di trasporto pubblico locale a un soggetto giuridicamente distinto.

2. (...).

3. Al fine di evitare l'interruzione dei servizi di trasporto pubblico locale, nelle more dell'espletamento delle procedure di gara ad evidenza pubblica o di affidamento diretto dei servizi sulla base di quanto stabilito dai commi

1 e 2, gli attuali affidamenti sono prorogati fino alla conclusione delle procedure di gara o all'affidamento diretto dei servizi e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2010. Tutti gli affidamenti attualmente in essere che siano stati aggiudicati mediante procedura ad evidenza pubblica rimangono in vigore fino alla loro naturale scadenza.

4. (...).

5. La Giunta regionale procede, sentita la competente commissione consiliare, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e delle condizioni e procedure di cui all'art. 23-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, all'affidamento diretto dei servizi di cui al comma 4 alla S.p.A. Corrai Gestione, societa' a capitale interamente pubblico».

Tali norme sono illegittime per i seguenti.

M o t i v i

1) In relazione agli articoli 117, primo comma, della Costituzione, violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In relazione all'art. 117, secondo comma, lettera e) violazione della potesta' legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza.

L'art. 38, comma 1, nel prevedere che la regione e gli enti locali possono stabilire di fornire essi stessi i servizi di trasporto pubblico di passeggeri nei loro territori o di procedere all'affidamento diretto di contratti di servizio di trasporto pubblico locale a un soggetto giuridicamente distinto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e dall'art. 23-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, viola la normativa nazionale e comunitaria di riferimento.

La disposizione, in primo luogo, si pone in contrasto, nonostante il formale richiamo ad esso, con lo stesso art. 5, comma 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007, il quale prevede che le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un «controllo analogo» a quello che esercita sulle proprie strutture.

La norma regionale, non condizionando la facoltà di affidamento del servizio all'esistenza del controllo analogo richiesto dalla normativa comunitaria di riferimento, viola i principi dell'ordinamento giuridico comunitario in materia di affidamento in house, tenuto anche conto che l'art. 8 del regolamento prevede che l'aggiudicazione di contratti di trasporto pubblico si conforma all'art. 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019.

La possibilità di derogare al generale obbligo di esperire la gara d'appalto e', infatti, ammissibile solo nel caso in cui l'affidamento venga disposto a favore di un soggetto legato all'ente pubblico di appartenenza da un rapporto assimilabile alla delegazione interorganica.

Affinche' ci sia un legittimo affidamento in house, devono, come noto, sussistere 3 requisiti:

- 1) l'amministrazione affidante deve svolgere un «controllo analogo» a quello esercitato dalla stessa sui propri servizi;
- 2) la società deve essere a capitale interamente pubblico;
- 3) la società affidataria deve operare esclusivamente per l'ente pubblico di appartenenza.

Ad oggi la disciplina in esame e le citate condizioni legittimanti l'affidamento in house, così come in origine elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza Teckal, C-107/98, hanno subito un forte processo evolutivo da parte della giurisprudenza europea e nazionale, attraverso un percorso volto a rendere sempre più stringente e rigoroso il contenuto dei presupposti, con particolare attenzione al controllo analogo (in ultimo rispettivamente sent. Corte cost. n. 326/2008, Consiglio di Stato n. 2932/07, Corte di giustizia, 13 novembre 2008, causa C-324/07, Coditel Brabant).

Ma l'art. 38, comma 1 si pone anche in contrasto con l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, il quale, al comma 2, stabilisce che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga di regola mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e non per affidamento diretto, così come invece previsto dalla disposizione regionale.

Pertanto l'art. 38, comma 1, oltre a violare la disciplina comunitaria, le sentenze della Corte di giustizia sopra richiamate, gli articoli 43, 49 e 86 del Trattato CE, l'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e, di conseguenza, i vincoli derivanti dall'Ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, viola anche l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008 nonché l'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza. 2) In relazione all'art. 117, secondo comma, lettera e) violazione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia delle tutele della concorrenza.

Il comma 3 dell'art. 38 dispone che, al fine di evitare l'interruzione dei servizi di trasporto pubblico locale, nelle more dell'espletamento delle procedure di gara ad evidenza pubblica o di affidamento diretto dei servizi sulla base di quanto stabilito dai commi 1 e 2 dello stesso articolo, gli attuali affidamenti sono prorogati fino alla conclusione delle procedure di gara o all'affidamento diretto dei servizi e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2010.

Così disponendo, la norma si pone in contrasto con il comma 9 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, il quale prevede che i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato e che, in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

La disposizione viola, inoltre, l'art. 18, comma 3-bis, del d.lgs. n. 422 del 1997, introdotto dall'art. 1, comma 6, del d.lgs. 20 settembre 1999, n. 400 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale), il quale individua il termine ultimo entro cui le regioni possono mantenere gli affidamenti agli attuali concessionari di servizi di trasporto pubblico locale, ponendo tuttavia «l'obbligo», per tale periodo transitorio, «di affidamento di quote di servizio o di servizi speciali mediante procedure concorsuali». Al termine di tale periodo, è previsto che tutti i servizi siano affidati esclusivamente tramite procedure concorsuali.

Il termine ultimo per il periodo transitorio entro il quale le regioni hanno la facoltà di mantenere gli affidamenti ai concessionari attuali è fissato al 31 dicembre 2007, ferme restando le procedure di gara ad evidenza pubblica già avviate o concluse, per le quali le regioni hanno possibilità di prevedere, a determinate condizioni, alcuni tipi di ulteriore proroga dell'affidamento, fino ad un massimo di due anni.

In questo quadro, la fissazione di un termine massimo entro il quale deve concludersi la fase transitoria e quindi generalizzarsi l'affidamento mediante procedure concorsuali dei servizi di trasporto locale assume un valore determinante, poiché garantisce che si possa giungere davvero in termini certi all'effettiva apertura alla concorrenza di questo particolare settore, così dando attuazione alla normativa europea in materia di liberalizzazione del mercato dei servizi di trasporto locale.

Va precisato che la disposizione di cui al comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, è riconducibile all'ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di «tutela della concorrenza», di cui alla lettera e) del secondo comma dell'art. 117 Cost.

Codesta ecc.ma Corte ha, infatti, più volte affermato che la «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» (sentt. n. 272 del 2004 e n. 80 del 2006).

Pertanto il legislatore regionale non puo' spingersi a modificare, anche solo in parte, disposizioni come il comma

3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, che e' formulato in forma chiaramente inderogabile e che, per di piu', prevede al suo interno un ruolo delimitato per lo stesso legislatore regionale.

A ben vedere, seppure la data del 31 dicembre 2010 e' la stessa richiamata dal legislatore statale (art. 23-bis, comma 9), la ratio della norma e' diversa. Infatti, mentre per il legislatore statale la data del 31 dicembre 2010 e' riferita all'espletamento della procedura competitiva ad evidenza pubblica, per il legislatore regionale tale data e' utilizzata come proroga di termine di affidamento diretto di servizi di trasporto pubblico locale. Tant'e' che la norma regionale si pone in contrasto anche con il comma 10 dello stesso art. 23-bis, che, nel dettare i criteri delega al Governo per l'emanazione del regolamento sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, alla lettera e) dispone espressamente al Governo di «disciplinare [...] la fase transitoria [...] prevedendo [...] che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo».

Pertanto, l'art. 38, comma 3 si pone in contrasto con l'art. 23-bis, in particolare con i suoi commi 9 e 10, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008 e con il comma 3-bis dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, violando, di conseguenza, l'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza.

3) In relazione agli articoli 117, primo comma, della Costituzione, violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In relazione all'art. 117, secondo comma, lettera e) violazione della potesta' legislativa esclusiva dello Stato nella materia della tutela della concorrenza.

Infine e' censurabile il comma 5 dell'art. 38, il quale autorizza la Giunta regionale, sentita la competente commissione consiliare, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 e delle condizioni e procedure di cui all'art. 23-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008, all'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale su strada, con esclusione dei servizi di linea comunali, alla S.p.A. Cotral Gestione, societa' a capitale interamente pubblico.

Come piu' volte ribadito dalla giurisprudenza comunitaria, il fatto che una societa' sia a capitale interamente pubblico non significa che la stessa possa realizzare la parte piu' importante della propria attivita' con l'ente o gli enti pubblici che la controllano e che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale possano esercitare sulla societa' un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Affinche' si eserciti controllo analogo, infatti, «e' necessario che si realizzi quello che e' definito un controllo strutturale, e questo non puo' limitarsi agli aspetti formali» ma deve essere effettivo e svincolato da qualsiasi condizione futura ed eventuale (Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana n. 719/2007).

Come e' noto, la Corte di giustizia ha interpretato in termini restrittivi l'affidamento dei servizi mediante

«in house providing»: il concetto di controllo da parte dell'amministrazione affidante viene ricondotto alla possibilita'

di quest'ultima di esercitare un'influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti,

non considerando un elemento sufficiente la sola detenzione in mano pubblica dell'intero capitale sociale della societa'

(v., fra le altre, Corte di giustizia, sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV, punti 24 e 26).

Pertanto, non risultando un controllo analogo effettivo e assoluto, il comma 5 dell'art. 38 si pone in contrasto con le sentenze della Corte di giustizia sopra richiamate e con gli articoli 43, 49 e 86 del Trattato CE, violando i vincoli derivanti dall'Ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, nonché con l'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza.

Peraltro non si evincono le ragioni per cui, piuttosto che la procedura ad evidenza pubblica, dovrebbe utilizzarsi l'affidamento diretto: il comma 3 dell'art. 23-bis, dispone, invece, espressamente che per poter derogare alla regola della gara pubblica, è necessario che si dimostrino che peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettano un efficace e utile ricorso al mercato. Anche per questo motivo, quindi, risulta violato l'art. 117, primo comma, della Costituzione, nonché con l'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione, in materia di tutela della concorrenza.

P. Q. M.

Alla stregua di quanto precede si confida che codesta ecc.ma Corte vorrà dichiarare l'illegittimità dell'art. 38, comma 1, 3 e 5 della legge regionale del Lazio n. 31 del 27 dicembre 2008.

Roma, addì 23 febbraio 2009

L'Avvocato dello Stato: Sergio Fiorentino