

**STUDIO LEGALE
ADAMI - DE BATTISTA - FERRETTI**

Corso d'Italia n. 97
00198 Roma
tel. 06.85303423 fax 06.97615914

ECCELLENTISSIMA CORTE COSTITUZIONALE

Cam. Cons. 12/1/2011- Reg. ref n. 149

Atto di intervento

Per l'**Associazione Nazionale Giuristi Democratici**, in persona del presidente e legale rappresentante avv. Roberto Lamacchia, con sede in Padova, Vicolo Michelangelo Buonarroti 2 (CF91239960379) rappresentata e difesa come da delega in calce al presente atto dagli Avv.ti Pietro Adami, Silvio Bozzi e Carlo Contaldi La Grotteria e domiciliata presso lo studio del primo in Roma, C.so d'Italia, 97

L'Associazione Nazionale Giuristi Democratici, come sopra rappresentata e difesa interviene nella presente procedura per sostenere **l'ammissibilità del quesito referendario** dal titolo «Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione» e concernete la richiesta di abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. 25.6.2008, n. 112.

(1)

Sull'ammissibilità dell'intervento.

L'Associazione Giuristi Democratici promuove un concreto impegno dei giuristi per la difesa ed attuazione dei principi democratici e di uguaglianza della Costituzione della Repubblica, per la applicazione delle Convenzioni dei Diritti dell'Uomo, per la realizzazione di una Costituzione Europea autenticamente democratica, con particolare riguardo ai diritti fondamentali dell'uomo e della donna, dei lavoratori, dei meno ab-

bienti e degli emarginati ed ai diritti di associazione, libertà di circolazione, riunione e manifestazione del pensiero (art. 5 dello Statuto).

L'Associazione, ai fini sopra indicati, può "Porre in essere iniziative concrete di tutela, anche ai sensi dell'art. 27 L. 383/00, innanzi ad organi giurisdizionali Nazionali e Comunitari ai fini della protezione degli interessi individuali e collettivi, nell'ipotesi in cui si registrino lesioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali"(art. 5 comma c1)

L'Associazione ritiene che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali che attengono ai beni comuni, e dell'acqua tra questi, possano incidere profondamente sui diritti fondamentali dell'uomo. Crede inoltre che le scelte di politica economica idonee a incidere così profondamente nella vita dei cittadini possano e debbano essere sottoposte ad un vaglio democratico diretto.

Ha quindi interesse alla decisione di ammissibilità del quesito referendario e, in armonia con la giurisprudenza di codesta Corte, intende fornire il proprio contributo argomentativo nella presente procedura.

(2)

Il rapporto tra l'art. 23 bis e la disciplina comunitaria.

2.1. La prima questione da affrontare, in relazione all'ammissibilità del quesito referendario, è relativa alla circostanza che l'art. 23 bis del D.L. 112/2008 si proclama attuativo di obblighi comunitari. Codesta Corte,

partendo dal limite degli obblighi internazionali sancito dall'art. 75 Cost., ha elaborato una giurisprudenza che ritiene inammissibili le proposte referendarie tese ad abrogare le c.d. norme comunitariamente necessarie (in particolare con le sentenze nn. 31, 41 e 45 del 2000).

Al di là del richiamo formale al diritto comunitario è, dunque, preliminarmente necessario verificare se la norma oggetto del quesito referendario costituisca un'obbligatoria applicazione del diritto dell'Unione Europea.

Si parta dalla chiara illustrazione fornita in tema da codesta Ill.ma Corte Costituzionale nella recente sentenza 325/2010: le disposizioni contenute nell'art. 23 bis **«non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost.»**.

L'articolo in esame è espressione, come chiarisce Codesta Ecc.ma Corte di un «*marginale di apprezzamento del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario*»; ed allora, se «*comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano*» è chiaro che tale scelta può essere sottopo-

sta al vaglio democratico dell'elettorato

Basterebbe già quanto sopra a chiarire come sia ammissibile un referendum in merito all'art. 23 bis del D.L. 112/2008.

Un aspetto centrale, ai fini che qui interessano, è il seguente: l'art. 23 bis si differenzia dalla disciplina comunitaria perché non soltanto richiede per l'affidamento *in house* la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario (contenuto comunitariamente necessario), ma esige il concorso di tre ulteriori condizioni (contenuto comunitariamente neutro). L'effetto di queste tre ulteriori condizioni è che, in base alla disciplina nazionale vigente, la "regola" consiste nell'affidamento del servizio pubblico ad un soggetto privato (scelto con gara), l'"eccezione", invece, consiste nella gestione "diretta" del servizio per mezzo della società *in house* (che è qualificabile come *longa manus* dell'amministrazione).

L'articolo in esame non è meramente recettivo del diritto comunitario, ma va ben oltre, in particolare rendendo complessa, difficoltosa e residuale la gestione *in house* dei servizi pubblici locali. In particolare Codesta Ecc.ma Corte ha, in modo sintetico quanto chiaro, illustrato quale sia il nucleo intangibile della normativa comunitaria in materia: "*Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario*

di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante)» (Sentenza 325/2010, cit.).

Come si può osservare, le tre condizioni poste dal diritto comunitario, che costituiscono quello che possiamo definire 'nucleo intangibile', attengono unicamente alla tipologia di rapporto che sussiste tra soggetto affidante e soggetto affidatario. Le tre condizioni dell'affidamento diretto sono solo elementi rivelatori della possibilità di qualificare soggettivamente l'affidatario come 'emanazione' dell'affidante (o *longa manus*) (sentenze Corte di Giustizia *Teckal*, *Stadt Halle*, *Parking Brixen* etc.) e mirano, quindi, ad accertare se, nel concreto, ed al di là delle formali qualificazioni, vi sia identità soggettiva tra affidante ed affidatario, insomma «la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo» (Corte Costituzionale sentenza n. 325/2010, cit.).

Come correttamente rileva la sentenza 325/2010, l'art. 23 bis tra le precondizioni di un affidamento diretto non inserisce solo quelle riferibili al 'rapporto' tra affidante ed affidatario (rapporto che svela se vi è la possibilità di qualificare l'affidatario quale *longa manus* del primo), ma pone ulteriori condi-

zioni che consentono il ricorso all'*in house* solo quando sussistano particolari e peculiari condizioni di fatto, e sottopongono la scelta al controllo di un ente esterno.

Il legislatore italiano con una decisione eminentemente politico - discrezionale, non si limita a valutare se vi sia identità soggettiva tra affidante ed affidatario (facendo ricorso ai tra classici criteri rivelatori comunitari), ma sottopone al vaglio la scelta organizzativa dell'ente locale e, sostanzialmente, individua presupposti e procedure che rendono eccezionale e residuale la scelta del ricorso all'*in house providing*.

Questo rapporto regola/eccezione, ignoto al diritto comunitario, è ciò che verrebbe cancellato in caso di buon esito dell'iniziativa referendaria.

2.2. Ciò detto con riferimento stretto al giudizio di ammissibilità, pare opportuno allargare la riflessione per evidenziare un punto di disarmonia tra l'attuale sistema del 23 bis e le regole comunitarie della concorrenza.

In particolare, a nostro avviso, se è vero che il diritto dell'Unione Europea si ispira al principio della concorrenza, tuttavia occorre ricordare che l'ordinamento europeo, comunque, riserva una notevole tutela anche alle istanze sociali.

Ciò, per quanto riguarda specificamente il settore dei servizi pubblici (o meglio dei servizi di interesse generale), implica che la tutela della concorrenza deve

essere guardata come strumento rispetto al fine della efficienza gestionale. Per comprendere ciò basti ricordare che l'art. 106 del Trattato sul funzionamento della U.E. (ex art. 86 TCE) stabilisce che le regole di concorrenza si applicano nei confronti delle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (par. 2).

Il principio di proporzionalità tra fine d'interesse generale e sacrificio imposto alle libertà economiche rappresenta quindi il primo parametro per valutare se le scelte del legislatore nazionale siano o meno rispettose del diritto dell'Unione Europea (o, come in questo caso, se siano scelte addirittura "imposte" dal diritto dell'U.E., come sostenuto in merito all'art. 23 bis).

D'altra parte tale parametro trova espresso riconoscimento anche nella Costituzione con l'art. 41. È alla luce di questo principio che occorre valutare se l'opzione di aprire alla concorrenza un dato settore sia o meno strumentale alla efficienza del servizio pubblico e, quindi, all'interesse generale.

Tornando all'art. 23 bis, sembra, poi, che lo stesso operi una sovrapposizione tra due fenomeni che, invece, per il diritto comunitario sono ben distinti: la privatizzazione e la concorrenza. Infatti, l'art. 23 bis impone, di fatto, la privatizzazione dei servizi pubbli-

ci, mentre il legislatore comunitario è del tutto indifferente a che tutti i servizi vadano sul mercato (si v., ad es. il Reg. CE n. 1370/2007, art. 5, par. 2: «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale [...] hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico») e, quando vuole imporre la privatizzazione (o la liberalizzazione) di un settore, lo fa con disposizione espressa e specifica.

In altri termini, l'art. 23 bis è una norma di privatizzazione, "mascherata" da norma sulla concorrenza.

A voler essere precisi, poi, obbligare un soggetto ad affidare ad un terzo una determinata attività entro un certo termine (come fa l'art. 23 bis comma 8) appare difficilmente conciliabile con i principi della libera concorrenza. Infatti, questi principi non vanno letti come riferiti al solo lato degli operatori economici "attivi" (quelli che comprano, acquisiscono servizi, ecc.), ma devono essere applicati anche dal lato degli operatori economici "passivi" (quelli che vendono, affidano servizi, ecc.). Se si compie questa operazione e si riferiscono i principi della concorrenza anche a questi ultimi operatori economici, appare evidente che deve ritenersi che gli stessi devono avere la libertà di decidere se mettere sul mercato una determinata prestazione, affidandola ad un terzo, oppure se gestirla in proprio. Al contrario avremmo un "mercato" artificiale e disomogeneo, dove a fronte di un compratore libero di decidere se e quando acquistare, troviamo un

soggetto costretto a vendere (ed entro un determinato termine).

2.3. Sotto altro profilo si osserva che non è pienamente condivisibile l'assunto per cui l'art. 23 bis non attiene altro che alle norme relative alla concorrenza. Infatti il diritto comunitario esclude l'applicazione delle direttive in tema di concorrenza, proprio perché nell'*in house providing* vede solo una diversa formula organizzativa dell'organismo di diritto pubblico.

Lo conferma la Corte di giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*: *«Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti **mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi.** In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici».*

Da quanto sopra possiamo capire la chiara posizione del diritto e della giurisprudenza comunitaria: il diritto comunitario non si occupa di organizzazione interna degli organismi di diritto pubblico; la norma comunitaria è sempre e solo concorrenziale, non organizzativa.

È dunque legittimo (ma anche politicamente importan-

te) affermare che l'Unione europea non ha scelto un modello privilegiato. Non ritiene e non impone, mai, in nessun caso, l'affidamento all'esterno quando "l'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti".

(3)

La conformità comunitaria della disciplina "di risulta".

Occorre, a questo punto, comprendere se l'eventuale abrogazione referendaria dell'art. 23 bis condurrebbe ad esiti contrastanti con il diritto comunitario.

In particolare all'interno della norma che si vuole sottoporre a referendum sono contenuti anche i tre criteri canonici soggettivi che limitano gli affidamenti diretti (capitale pubblico-controllo analogo-prevalenza dell'attività).

3.1. In primo luogo vi è da dire che l'abrogazione dell'art. 23 bis condurrebbe ad una ri-espansione dell'art. 113 del TUEL e segnatamente del suo quinto comma.

In questa sede, non è opportuno dilungarsi, vista l'ampia disamina compiuta in merito a questo tema dalla memoria depositata dai Comitati e redatta dal Prof. Luciani.

L'articolo 113 del TUEL al comma 5 lettera c) contiene un limite preciso all'affidamento diretto che può avvenire unicamente:

«c) a società a **capitale interamente pubblico** a con-

dizione 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 gli enti pubblici che la controllano**».

Come si può osservare questa norma contiene esattamente i limiti comunitari (ed era stata modellata proprio su quei limiti).

In relazione al riespandersi della norma si è già rinviato alle memorie esaustive sul punto depositate in giudizio dalla parte principale.

3.2. Qui è appena il caso di aggiungere come il comma 5 lett. c) non poteva, peraltro, considerarsi abrogato dall'art. 23 bis. Infatti l'art. 23 bis co.11 ha abrogato l'art. 113 TUEL esclusivamente "nelle parti incompatibili". L'art. 23 bis comma 3, che pure limita gli affidamenti *in house* a 'situazioni eccezionali', per quanto riguarda i canonici requisiti comunitari ('soggettivi'), non è affatto incompatibile con l'art.113 TUEL:

«3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, **l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti**

dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano."

Come può osservarsi, le due norme non sono incompatibili. La seconda, introdotta dall'art. 23 bis, ha riservato l'affidamento diretto a situazioni eccezionali. Tuttavia esso deve pur sempre avvenire nel rispetto dei requisiti comunitari, che sono quelli della sentenza *Teckal*, dell'art.113 TUEL, e che sono riepilogati dalla seconda parte del comma 3 dell'art. 23 bis. Pertanto, avendo il legislatore scelto il criterio dell'incompatibilità come meccanismo abrogativo, non ci pare che possa essersi, attraverso questa via, prodotta l'abrogazione del comma 5 lett.c).

3.3. Ad ogni modo, chi scrive ritiene che la questione relativa alla riespansione della norma dell'art. 113 TUEL non sia di importanza decisiva.

Infatti, anche ove non si ritenesse più vigente il comma 5 lett.c) dell'art. 113 TUEL, è comunque chiaro che resterebbero pacificamente applicabili i tre criteri comunitari ivi richiamati.

Infatti non si deve dimenticare che i suddetti criteri nascono come precetti interpretativi, elaborati dalla giurisprudenza per meglio chiarire quale fosse la portata e l'estensione dell'obbligo di ricorrere a procedure di evidenza pubblica per le amministrazioni ag-

giudicatici, **obbligo già contenuto nelle norme comunitarie e nazionali.**

Tali precetti interpretativi sono stati poi "travasati" in diverse norme di legge, nazionali e comunitarie, per maggiore chiarezza e completezza dell'ordinamento, ma erano già pacificamente applicabili in precedenza. Tanto ciò è vero che questi precetti sono stati applicati dalla giurisprudenza italiana anche prima che fossero recepiti da una specifica norma interna.

In particolare, sotto il profilo della disciplina positiva, l'obbligo del ricorso al mercato comunitario è posto dalle norme europee (e nazionali) che regolano gli appalti pubblici. La disciplina contenuta nella direttiva 2004/17 CE (e già prima la Dir. 92/50 CE) prevede che la stessa direttiva (e dunque la procedura ad evidenza pubblica) non si applichi agli 'Appalti di servizi aggiudicati in base a un 'diritto esclusivo'. L'Articolo 25, in particolare, prevede che *«La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi aggiudicati a un ente, esso stesso amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), o a un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficino in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».*

È poi di notevole e decisivo rilievo l'art. 23 della direttiva sopra menzionata (2004/17 CE) intitolato 'Appalti aggiudicati ad un'impresa collegata, ad una joint

venture, ad un ente aggiudicatore facente parte di una joint-venture':

«1. Ai fini del presente articolo **«impresa collegata»** è qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma della settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1983, basata sull'articolo 44, paragrafo 2, lettera g), del trattato e relativa ai conti consolidati (1) (2), o, nel caso di enti non soggetti a tale direttiva, **qualsiasi impresa su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante** ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b)¹, o che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore o che, come quest'ultimo, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne.

2. Alle condizioni previste dal paragrafo 3, **la presente direttiva non si applica agli appalti** aggiudicati:

- a) da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata, o
- b) da una joint-venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori, per svolgere un'attività ai

¹ articolo 2, paragrafo 1, lettera b): b) «imprese pubbliche»: le imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.

L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa:

- detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure
- controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure
- hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

sensi degli articoli da 3 a 7², presso un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori [...]».

La norma sopra menzionata è anch'essa frutto della giurisprudenza preesistente (giurisprudenza che aveva peso le mosse dall'interpretazione delle norme della direttiva 93/36 CE -che disciplinava gli appalti di forniture- e della 92/50 CE -che disciplinava gli appalti di servizi-, per meglio esplicitare il concetto di 'organismo di diritto pubblico')³. L'interpretazione aveva avuto ad oggetto i limiti ed il confine delle direttive europee che regolavano gli appalti pubblici (di lavori/servizi/forniture), direttive volte alla c.d. creazione del mercato interno e la definizione delle regole della concorrenza europea.

Dunque, l'ultima generazione di direttive europee sugli appalti pubblici (2004/17 e 2004/18 CE) ha recepito normativamente ed ha specificato in maniera più dettagliata i precetti giurisprudenziali formatisi sul substrato normativo preesistente.

Insomma, l'art. 23 bis, sottoposto a referendum, non è certo l'unica norma su cui poggia la disciplina del settore. Anzi, sostanzialmente, la sua introduzione ha condotto, come sopra detto (sub 2), ad uno scostamento del modello italiano dal sistema comunitario, neutro

² Articolo 3 (Gas, energia termica ed elettricità), Articolo 4 (Acqua), Articolo 5 (Servizi di trasporto), Articolo 6 (Servizi postali), Articolo 7 (Disposizioni riguardanti prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi nonché porti e aeroporti)

³ E segnatamente della sentenza Teckal del 18 novembre 1999 «La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno».

rispetto ai modelli gestionali pubblici.

L'eventuale venir meno, a seguito di abrogazione referendaria, anche nel caso di mancata reviviscenza dell'art.113 TUEL, lascia riemergere pienamente il modello comunitario.

La normativa europea direttamente applicabile, ed i precetti giurisprudenziali sopra ricordati, sono pienamente idonei a regolare il settore laddove fosse rimosso l'art. 23 bis dal panorama normativo, anche nel caso in cui non si volesse ritenere applicabile l'art.113 TUEL, e ciò non solo in piena ottemperanza agli obblighi comunitari, ma in maggiore aderenza agli obblighi stessi.

Sotto diverso profilo, a regolare il settore vi sono numerose norme nazionali. Ad esempio il precetto fondamentale che ha dato luogo alle sentenze europee in tema di *in house providing* di cui alla Direttiva 92/50, è presente nell'attuale Codice dei Contratti Pubblici (D.lgs 163/2006) all'art.19 comma 2: "2. Il presente codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato".

Tale norma, ove si applichino i precetti interpreta-

tivi definiti della Corte di Giustizia Europea, dalla sentenza Teckal in poi, ha già in sé il contenuto dispositivo necessario a regolare il settore in conformità al diritto europeo.

L'affidamento *in house* non è, infatti, un'eccezione al diritto della concorrenza europea. Semplicemente, in quel caso, non si tratta di un appalto, ma solo di una diversa formula organizzativa di un organismo di diritto pubblico (e dunque non si rientra nel campo di applicazione della normativa europea).

Dunque, tutto il sistema ruota intorno al confine che vi è tra affidamenti rilevanti ai fini delle norme comunitarie, ed affidamenti irrilevanti. Tale confine trova una sua più che sufficiente regolazione nell'art.19 del codice dei Contratti, anche a non voler considerare (ma non ve ne è motivo) le norme europee direttamente applicabili nel sistema italiano.

Altra norma applicabile, sempre sul fronte della modalità di affidamento all'esterno, è l'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006, a mente del quale è possibile derogare alla gara se l'affidamento avviene *in house* (co. 5), mentre, nel caso in cui si debba scegliere un terzo "privato", ciò deve avvenire mediante una procedura di evidenza pubblica rispettosa dei principi comunitari (co. 3).

3.4. Sotto il diverso profilo organizzativo, riveste speciale rilevanza la sopravvivenza dell'art. 3, co. 27, della l. 244 del 2007, che prevede, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, che le amministra-

zioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza in tali società. Al contrario, **è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale** (categoria di servizi che, com'è noto, è stata individuata come coincidente con quella dei servizi pubblici - v. Cons. St., sez. V, 10.2.2009, n. 3767) e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni pubbliche nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

La norma in questione, secondo codesta Corte: ha lo scopo di «evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008). Inoltre, esse mirano a realizzare detta finalità con modalità non irragionevoli, siccome il divieto stabilito dalle disposizioni censurate e l'obbligo di dismettere le

partecipazioni possedute in violazione del medesimo non hanno carattere di generalità, ma riguardano esclusivamente i casi nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali» (Sent. n. 148 del 2009).

Di conseguenza, completando il ragionamento, le società pubbliche costituite con la missione di prestare servizi pubblici non producono alcuna alterazione del mercato.

3.5. Riepilogando, con il venir meno dell'art. 23 bis la perfetta conformità comunitaria del diritto interno è garantita da:

- i. la "riespansione" dell'art. 113 TUEL;
- ii. l'applicazione dell'art. 113 TUEL, non abrogato dall'art. 23 bis perché ad esso conforme (§ 3.2);
- iii. l'applicazione diretta dei precetti giurisprudenziali e normativi del diritto comunitario;
- iv. la possibilità di costituire società pubbliche per la gestione dei servizi di interesse generale (art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007), alle quali affidare senza gara il servizio al ricorrere delle condizioni dell'*in house*, oppure mettere il servizio stesso sul mercato (artt. 19 e 30 d.lgs. n. 163 del 2006).

P.Q.M.

Si chiede che codesta Corte voglia dichiarare che la richiesta di referendum abrogativo in questione è am-

missibile.

Si chiede di essere auditi in camera di consiglio.

Roma, 5.1.2011

Pietro Adami

Silvio Bozzi

Carlo Contaldi La Grotteria

STUDIO LEGALE
ADAMI - DE BATTISTA - FERRETTI

Corso d'Italia n. 97
00198 Roma
tel. 06.85303423 fax 06.97615914

ECCELLENTISSIMA CORTE COSTITUZIONALE

Cam. Cons. 12/1/2011- Reg. ref n. 151

Atto di intervento

Per l'**Associazione Nazionale Giuristi Democratici**, in persona del presidente e legale rappresentante avv. Roberto Lamacchia, con sede in Padova, Vicolo Michelangelo Buonarroti 2 (CF91239960379) rappresentata e difesa come da delega in calce al presente atto dagli Avv.ti Pietro Adami, Silvio Bozzi e Carlo Contaldi La Grotteria e domiciliata presso lo studio del primo in Roma, C.so d'Italia, 97

L'Associazione Nazionale Giuristi Democratici, come sopra rappresentata e difesa interviene nella presente procedura per sostenere **l'ammissibilità del quesito referendario** dal titolo «Determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. Abrogazione parziale di norma» e concernete la richiesta di abrogazione parziale dell'art. 154, co. 1, d.lgs. n. 152 del 2006.

(1)

Sull'ammissibilità dell'intervento.

L'Associazione Giuristi Democratici promuove un concreto impegno dei giuristi per la difesa ed attuazione dei principi democratici e di uguaglianza della Costituzione della Repubblica, per la applicazione delle Convenzioni dei Diritti dell'Uomo, per la realizzazione di una Costituzione Europea autenticamente democratica,

con particolare riguardo ai diritti fondamentali dell'uomo e della donna, dei lavoratori, dei meno abbienti e degli emarginati ed ai diritti di associazione, libertà di circolazione, riunione e manifestazione del pensiero (art. 5 dello Statuto).

L'Associazione, ai fini sopra indicati, può "Porre in essere iniziative concrete di tutela, anche ai sensi dell'art. 27 L. 383/00, innanzi ad organi giurisdizionali Nazionali e Comunitari ai fini della protezione degli interessi individuali e collettivi, nell'ipotesi in cui si registrino lesioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali" (art. 5 comma c1)

L'Associazione ritiene che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali che attengono ai beni comuni, e dell'acqua tra questi, possano incidere profondamente sui diritti fondamentali dell'uomo. Crede inoltre che le scelte di politica economica idonee a incidere così profondamente nella vita dei cittadini possano e debbano essere sottoposte ad un vaglio democratico diretto.

Ha quindi interesse alla decisione di ammissibilità del quesito referendario e, in armonia con la giurisprudenza di codesta Corte, intende fornire il proprio contributo argomentativo nella presente procedura.

(2)

In diritto.

2.1. Illustrazione della norma.

Il quesito referendario mira all'abrogazione parziale dell'art. 154, comma 1 (Tariffa del servizio idrico in-

tegrato) del Decreto Legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 "Norme in materia ambientale", limitatamente alla seguente parte: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito".

La norma in questione prevede, per quel che qui interessa, le modalità di determinazione della tariffa del servizio idrico e ne individua i parametri:

- qualità della risorsa idrica e del servizio fornito
- delle opere e degli adeguamenti necessari
- dell'entità dei costi di gestione delle opere
- dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito
- dei costi di gestione delle aree di salvaguardia
- nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito

Questi parametri devono andare a formare un prezzo che sia in grado di assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga".

2.2. Profili di ammissibilità del quesito referendario.

Il quesito referendario mira ad incidere, eliminandolo, su uno dei parametri di determinazione della tariffa sopra specificati, e cioè, quello della "remunerazione del capitale".

Appare evidente che lo stesso risponde ai limiti e contiene i requisiti necessari ai fini della sua ammissibilità.

In particolare (dando per evidente che non ricorrono i casi espressi di cui all'art. 75 Cost.), giova evidenziare la sua logica coerenza e la chiarezza del fine perseguito: i promotori intendono eliminare un parametro di determinazione della tariffa che presenta elementi di "disarmonia" rispetto agli altri.

Infatti, tutte le altre voci mirano a "pareggiare" il costo dell'esercizio del servizio, come espressamente dichiarato dal legislatore: «in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio». Il criterio che si vuol eliminare, invece, introduce un elemento nuovo ed isolato: la remunerazione dell'investimento. È, così evidente la logica perseguita dai promotori: far sì che il servizio idrico non sia gestito con la logica del profitto.

E' chiaro che questo terzo referendum costituisce una sorta di 'paracadute' rispetto agli altri due. Infatti l'obiettivo, come detto è quello di mantenere la gestione del servizio in mano pubblica. Con questo terzo, in caso di mancato successo dell'iniziativa referendaria in merito agli altri due quesiti, si cerca almeno di evitare un eccessivo incremento della tariffa all'utenza.

Tra l'altro si noti bene che in nessun affidamento di servizio pubblico, una volta remunerate le opere e la gestione delle stesse, insomma, una volta che siano coperti i costi di gestione, vi è mai il riconoscimento di un 'rendimento da capitale'. In particolare si ricordi che , a norma dell'art. 153 comma 1 "Le infra-

strutture idriche di proprietà degli enti locali ai sensi dell'articolo 143 sono affidate in concessione d'uso gratuita, per tutta la durata della gestione". Dunque il gestore non effettua un investimento di capitale che debba essere remunerato.

Nessun dubbio, quindi, sul fatto che anche dopo l'intervento referendario la norma manterrà intatta la propria capacità operativa, e la tariffa sarà determinata per mezzo di parametri in grado di consentire il raggiungimento dello scopo dichiarato della copertura dei costi.

P.Q.M.

Si chiede che codesta Corte voglia dichiarare che la richiesta di referendum abrogativo in questione è ammissibile.

Si chiede di essere auditi in camera di consiglio.

Roma,

Pietro Adami

Silvio Bozzi

Carlo Contaldi La Grotteria