Corte costituzionale, sentenza 23 dicembre 2008, n. 439

La Corte costituzionale
composta dai signori:

- Giovanni Maria	FLICK	Presidente
- Francesco	AMIRANTE	Giudice
- Ugo	DE SIERVO	”
- Paolo	MADDALENA	”
- Alfio	FINOCCHIARO	”
- Alfonso	QUARANTA	”
- Franco	GALLO	”
- Luigi	MAZZELLA	”
- Gaetano	SILVESTRI	”
- Sabino	CASSESE	”
- Maria Rita	SAULLE	”
- Giuseppe	TESAURO	”
- Paolo Maria	NAPOLITANO	”
- Giuseppe	FRIGO	”
- Alessandro	CRISCUOLO	”

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali), promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, notificato il 28 gennaio 2008, depositato in cancelleria il 4 febbraio 2008 ed iscritto al n. 7 del registro ricorsi 2008.
Visto l’atto di costituzione della Provincia autonoma di Bolzano;
udito nell’udienza pubblica del 2 dicembre 2008 il Giudice relatore Alfonso Quaranta;
uditi l’avvocato dello Stato Vittorio Russo per il Presidente del Consiglio dei ministri e gli avvocati Giuseppe Franco Ferrari e Roland Riz per la Provincia autonoma di Bolzano.

Ritenuto in fatto

1.— Con ricorso notificato il 28 gennaio 2008 e depositato il successivo 4 febbraio, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato la legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali), «con particolare riferimento agli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1», per violazione dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza (artt. 43, 49 e 86 del Trattato 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità europea), nonché degli artt. 8, comma 1, del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), e 117, primo e secondo comma, lettera *e*), della Costituzione.
Il ricorrente premette che le Province autonome, pur essendo titolari di competenza legislativa primaria in materia di «assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione» *ex* art. 8 dello statuto speciale, devono disciplinare tale materia nel rispetto dei limiti

posti dall'art. 4 dello stesso statuto, tra i quali è ricompresa l'osservanza del diritto internazionale e dei vincoli comunitari.
Sul punto, si rileva come, nonostante le concessioni di pubblici servizi siano escluse dalla sfera di applicazione della direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, gli enti aggiudicatori debbano ugualmente rispettare le norme fondamentali del Trattato e, in particolare, gli artt. 43, 49 e 86, nonché il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'art. 12 del Trattato stesso. In questo senso si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, in C-458/2003, con cui si è statuito che la concessione di pubblici servizi in assenza di gara non è conforme agli artt. 43 e 49 del Trattato, nonché ai «principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza».
1.1.— Alla luce di tali premesse, l'Avvocatura generale dello Stato ritiene che la legge provinciale impugnata contrasti con le suindicate disposizioni comunitarie e, pertanto, violi l'art. 8, comma 1, dello statuto speciale e l'art. 117, primo comma, Cost.
In primo luogo, si censura specificamente l'art. 3, comma 3, della predetta legge, il quale – prevedendo che «la rilevanza dell'attività (…) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate» – fornirebbe una definizione del requisito della "rilevanza dell'attività" dell'ente concessionario difforme da quella elaborata dalla Corte di giustizia con la sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, in C-340/04, nella quale il giudice comunitario ha affermato che il requisito in esame deve essere inteso non soltanto in termini quantitativi, ma anche qualitativi. Ne consegue che si può ritenere che la società concessionaria svolga una parte rilevante della sua attività con l'ente che la controlla solo «se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale». Secondo la difesa dello Stato, il legislatore provinciale avrebbe fornito una nozione del requisito della "rilevanza dell'attività" meno restrittiva rispetto a quella elaborata dalla Corte di giustizia, con conseguente ampliamento dei casi in cui sarebbe possibile il ricorso all'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico e restrizione del regime di concorrenza. Da qui la asserita violazione dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza (artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE) e del combinato disposto degli artt. 8, comma 1, dello statuto e 117, primo comma, Cost.
In secondo luogo, censure specifiche vengono indirizzate all'art. 5, comma 1, della medesima legge provinciale nella parte in cui esso prevede la possibilità di disporre un affidamento diretto dei servizi pubblici di rilevanza economica a soggetti privati, purché nei loro confronti la Provincia e gli enti da essa dipendenti ovvero le comunità comprensoriali ed i Comuni esercitino una influenza dominante. Tale norma contrasterebbe con i principi comunitari elaborati dalla Corte di giustizia con le sentenze *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, e *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03, le quali hanno messo in rilievo che l'affidamento *in house* è legittimo quando ricorrono i seguenti requisiti: a) il capitale della società sia interamente pubblico; b) l'amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; c) il soggetto affidatario svolga la

maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. La mancata osservanza da parte della norma impugnata di tali requisiti determinerebbe la violazione degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato e conseguentemente del vincolo del rispetto del diritto comunitario di cui agli artt. 8 dello statuto di autonomia, e 117, primo comma, nonché secondo comma, lettera *e*), Cost., in materia di tutela della concorrenza.

2.— Si è costituita in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano, la quale, in via preliminare, ha eccepito la inammissibilità del ricorso per carenza di motivazione e mancata indicazione dei parametri costituzionali e statutari che si assumono violati. Infatti, si osserva che, avendo la deliberazione del Consiglio dei ministri ad oggetto unicamente gli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1, della legge provinciale n. 12 del 2007 e dovendo l'oggetto dell'impugnazione definirsi in conformità alla decisione assunta dal Consiglio dei ministri, la Provincia «si oppone in modo deciso al tentativo, da parte dell'Avvocatura dello Stato, di estendere la materia del contendere all'intera legge provinciale».

Nel merito, la difesa della Provincia chiede che il ricorso venga respinto.

Si sottolinea, al riguardo, come la Provincia autonoma, in base allo statuto, abbia una competenza legislativa primaria in materia di assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali (art. 8, n. 19) e sia titolare della connessa potestà amministrativa (art. 16).

Da quanto esposto conseguirebbe la impossibilità che nel settore in esame possa operare il titolo di legittimazione statale trasversale rappresentato dalla tutela della concorrenza *ex* art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost.

Si aggiunge, inoltre, che le norme impugnate rispettano i vincoli comunitari, così come interpretati dalla Corte di giustizia. Quest'ultima, infatti, pur affermando che in materia di concessione di servizi pubblici debbono essere osservati i principi generali posti dal Trattato, ha ammesso la legittimità dell'affidamento diretto qualora l'autorità pubblica concedente svolga sull'ente concessionario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e «detto ente esercita la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrice».

Le norme impugnate rispetterebbero quanto affermato dai giudici europei.

Innanzitutto, si osserva come l'art. 3 della legge censurata imponga, ai fini della legittimità dell'affidamento diretto, il rispetto non solo dei requisiti del controllo analogo e dello svolgimento della parte essenziale dell'attività con l'autorità pubblica affidante, ma anche che quest'ultima detenga per intero il capitale sociale; requisito quest'ultimo che la stessa Corte di giustizia non ritiene necessario.

Per quanto attiene poi al presupposto dello svolgimento dell'attività più rilevante con uno o più degli enti che la controllano, si sottolinea come gli stessi giudici europei abbiano riconosciuto che, per accertare la sussistenza di tale requisito, occorra tenere conto del fatturato realizzato dall'ente affidatario, specificando che in tale contesto si deve tenere conto non solo del fatturato realizzato con l'ente locale affidante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, ma occorre considerare tutte le attività realizzate

dall'ente affidatario «indipendentemente da chi remunera tale attività» o «su quale territorio siano erogate tali prestazioni» (citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006).
La difesa della Provincia conclude sul punto osservando come la norma censurata sia finalizzata a garantire proprio il pieno rispetto di tale requisito, nella parte in cui prevede che per stabilire se la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano bisogna rifarsi al fatturato dell'ente affidatario ed alle risorse economiche da esso impiegate, «uniche fonti per accertare la vera attività dell'ente sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto il profilo qualitativo».
Per quanto attiene, invece, al primo comma dell'art. 5, lo stesso, prevedendo che i servizi di rilevanza economica possono essere affidati direttamente a soggetti privati, purché nei loro confronti gli enti pubblici ivi indicati esercitino influenza dominante, sarebbe conforme al requisito del controllo analogo richiesto dalla Corte di giustizia. Infatti, tale norma stabilisce, ai fini della determinazione del concetto di influenza dominante, specifiche restrizioni e limitazioni, introducendo, inoltre, un apposito organo con il preciso compito di assicurare il rispetto delle condizioni richieste.
Infine, si sottolinea che, qualora questa Corte avesse dubbi sulla conformità delle norme censurate ai principi del diritto comunitario in materia di concessione di pubblici servizi, dovrebbe sospendere il giudizio *a quo* e sottoporre le relative questioni alla Corte di giustizia europea.
3.— La Provincia autonomia di Bolzano ha depositato, nell'imminenza dell'udienza pubblica, una memoria con la quale, in via preliminare, ha rilevato come il contenuto dell'impugnato art. 5, comma 1, sia stato integralmente sostituito dall'art. 7, comma 2, della legge provinciale 10 giugno 2008, n. 4 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni). Essa chiede, pertanto, che, sul punto, venga dichiarata cessata la materia del contendere, atteso che la disposizione impugnata, durante la sua vigenza, non avrebbe mai trovato applicazione.
Per il resto, nella memoria si ribadiscono tutte le argomentazioni difensive contenute nell'atto di costituzione.
4.— Nel corso dell'udienza pubblica, la difesa della Provincia ha eccepito anche la tardività della notifica del ricorso.

Considerato in diritto

1.— Il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato la legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali), «con particolare riferimento agli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1», per violazione dei principi comunitari in materia di tutela della concorrenza (artt. 43, 49 e 86 del Trattato 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità europea), nonché degli artt. 8, comma 1, del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), e 117, primo e secondo comma, lettera *e*), della Costituzione.
2.— Ha carattere preliminare l'esame dell'eccezione, sollevata dalla difesa della Provincia autonoma di Bolzano nel corso dell'udienza pubblica, relativa alla tardività del ricorso.

Essa non è fondata.
L'art. 31 della legge 11 marzo 1953, n. 87, prevede che i ricorsi proposti dallo Stato nei confronti di leggi regionali (e delle Province autonome) devono essere notificati entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'atto oggetto di impugnazione.
Nel caso in esame tale termine è stato rispettato.
La legge contenente le norme censurate è stata pubblicata nel Bollettino ufficiale della Regione Trentino Alto Adige/Südtirol il 27 novembre 2007; il ricorso, notificato il 28 gennaio 2008, è stato consegnato all'ufficio notifiche presso la Corte d'Appello di Roma il 26 gennaio 2008 e dunque il sessantesimo giorno utile. È a tale momento temporale, infatti, che occorre avere riguardo, ai fini della valutazione della tempestività del ricorso, essendo irrilevante la successiva attività posta in essere dal predetto ufficio, che è sottratta al controllo ed alla sfera di disponibilità del soggetto che richiede la notifica (*ex plurimis*, sentenze n. 477 del 2002 e n. 383 del 2005).
3.— Ancora in via preliminare, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Provincia autonoma, sotto il profilo che, mentre la deliberazione del Consiglio dei ministri autorizza l'impugnazione soltanto degli artt. 3, comma 3, e 5, comma 1, con il ricorso è stata proposta l'impugnazione dell'intera legge n. 12 del 2007, sia pure «con particolare riferimento» ai citati articoli, dei quali è stata chiesta, nel *petitum*, la declaratoria di illegittimità costituzionale. Infatti dall'esame congiunto del ricorso e della suindicata deliberazione risulta, con sufficiente chiarezza, che oggetto di gravame sono esclusivamente le disposizioni contenute nei due articoli in questione.
4.— Tanto premesso, deve rilevarsi che l'art. 5, comma 1, della legge provinciale n. 12 del 2007 è stato abrogato dall'art. 7, comma 2, della legge della stessa Provincia autonoma 10 giugno 2008, n. 4 (Modifiche di leggi provinciali in vari settori e altre disposizioni), che ha introdotto una disposizione dal contenuto completamente diverso, relativa agli affidamenti a società a partecipazione mista pubblica e privata.
Poiché la norma censurata, contenuta nell'abrogato art. 5, comma 1, non ha ricevuto attuazione *medio tempore* – come risulta dalla dichiarazione resa dalla difesa della Provincia autonoma di Bolzano e non contestata dal ricorrente – deve essere dichiarata sul punto la cessazione della materia del contendere.
5.— L'analisi nel merito deve, pertanto, essere condotta soltanto con riguardo a quanto previsto dal comma 3 del citato art. 3.
Tale disposizione deve essere esaminata nel quadro della normativa provinciale avente ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici a società di capitale interamente pubblico.
Al riguardo, va precisato che il suddetto art. 3, al comma 1, prevede che i servizi pubblici di rilevanza economica possono essere affidati alle suddette società qualora l'ente o gli enti: «a) detengano per intero il capitale sociale; b) esercitino sulla società un controllo analogo a quello da essi esercitato sui propri servizi; c) la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano».

Il comma 2 del medesimo articolo, a sua volta, dispone, in relazione al requisito del controllo analogo di cui alla lettera *b*) sopra citata, che tale controllo sussiste qualora gli enti: «a) provvedano direttamente alla nomina ed alla revoca degli amministratori e dei sindaci della società; b) svolgano funzioni di indirizzo, indicando gli obiettivi dell'attività e dettando le direttive generali per raggiungerli; c) esercitino attività di controllo gestionale e finanziario, attraverso l'esperimento di sopralluoghi ed ispezioni nonché attraverso l'esame di *report* periodici sull'efficacia, sull'efficienza e sull'economicità del servizio».
In relazione, invece, al secondo requisito previsto dalla lettera *c*) del comma 1, la norma, contenuta nel comma 3, specificamente oggetto di censura, prescrive che «la rilevanza dell'attività (…) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate».
Secondo la difesa dello Stato, il riferimento contenuto in tale norma agli elementi del «fatturato» e delle «risorse economiche impiegate» atterrebbe esclusivamente ad elementi quantitativi, sicché la mancanza di ogni riferimento ad elementi qualitativi darebbe luogo ad una normativa, in tema di «rilevanza dell'attività», meno restrittiva rispetto a quella elaborata in sede comunitaria e determinerebbe, pertanto, «un ampliamento dei casi in cui è possibile il ricorso all'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico», tale da comportare una «effettiva restrizione del regime di concorrenza».
6.— La questione è fondata.
Va premesso che la Provincia autonoma di Bolzano è titolare di potestà legislativa primaria in materia di «assunzione diretta di servizi pubblici e loro gestione a mezzo di aziende speciali» (art. 8 n. 19 dello statuto di autonomia). Nell'esercizio di tale potestà essa, però, per espressa previsione statutaria (medesimo art. 8), deve rispettare, tra l'altro, gli obblighi internazionali e i vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.
Ai fini della risoluzione della presente questione di legittimità costituzionale, occorre, pertanto, muovere dalla ricognizione delle norme comunitarie nella specie rilevanti e dei principi affermati in materia dalla Corte di giustizia, dal momento che i limiti alla potestà legislativa anche delle Province autonome derivano dalle singole disposizioni europee come interpretate dalla suddetta Corte.
Più in particolare, le norme del Trattato CE poste a tutela della concorrenza, nel significato che ad esse è attribuito dalla giurisprudenza comunitaria e in ragione del richiamo operato dall'art. 8 dello statuto di autonomia, sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno e dunque assumono rilevanza agli effetti del giudizio di costituzionalità, essendo pacifico che «la precisazione o l'indicazione del significato normativo» di disposizioni del Trattato «compiuta attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate» (così sentenza n. 389 del 1989; nello stesso senso sentenza n. 168 del 1991).
7.— L'art. 86, secondo paragrafo, del Trattato CE prevede che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (…) sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui

l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».
Nella prospettiva comunitaria, pertanto, da un lato, è necessario che gli Stati membri attivino ampi processi di liberalizzazione finalizzati ad abbattere progressivamente le barriere all'entrata, mediante, tra l'altro, l'eliminazione di diritti speciali ed esclusivi a favore delle imprese, ed attuare la concorrenza "nel mercato"; dall'altro, si impone alle pubbliche amministrazioni di osservare, nella scelta del gestore del servizio, adeguate procedure di evidenza pubblica finalizzate a garantire il rispetto della concorrenza "per il mercato" (sentenza n. 401 del 2007, con riferimento al settore degli appalti pubblici). Il perseguimento di tali obiettivi è inoltre volto ad assicurare, tra l'altro, la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi; con la puntualizzazione che il rispetto delle citate norme fondamentali del Trattato si impone anche in un settore, quale quello dei servizi pubblici locali, attualmente estraneo alla sfera di applicazione di specifiche discipline comunitarie.
In tale contesto, la giurisprudenza della Corte di giustizia (*ex multis*, sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, in causa C-26/03) ha, però, riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche "autoprodurre" beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (c.d. affidamento *in house*).
Nella prospettiva europea, infatti, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato.
Il meccanismo dell'affidamento diretto a soggetti *in house*, deve, però, essere strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza. In altri termini, il modello operativo in esame non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 295 del Trattato CE).
La giurisprudenza della Corte di giustizia – proprio al fine di assicurare il rispetto di tali regole e sul presupposto che il sistema dell'affidamento *in house* costituisca un'eccezione ai principi generali del diritto comunitario – ha imposto l'osservanza di talune condizioni legittimanti l'attribuzione diretta della gestione di determinati servizi a soggetti "interni" alla compagine organizzativa dell'autorità pubblica.
La Corte, infatti, con la sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, in causa C-107/98, ha affermato che è possibile non osservare le regole della concorrenza: a) quando l'ente pubblico svolge sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) quando il soggetto affidatario «realizzi la parte più importante della propria attività» con l'ente o con gli enti che la controllano.

In relazione al primo requisito, la Corte di giustizia, in particolare con la citata sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, ha sottolineato che esso non sussiste quando la società sia partecipata da privati, atteso che «qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati», rifuggendo da «considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico» che devono caratterizzare «il rapporto tra un'autorità pubblica (…) ed i suoi servizi».
Inoltre, tra le altre, nelle sentenze *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, in causa C-340/04 e *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, si è puntualizzato che, ai fini del riconoscimento della sussistenza del presupposto in esame, accanto alla "dipendenza finanziaria", risultante dalla detenzione pubblica dell'intero capitale della società affidataria, rilevano profili di natura prettamente gestionale. In particolare, i giudici europei ritengono che l'ente pubblico debba essere dotato di poteri di controllo sull'attività del consiglio di amministrazione più ampi e pregnanti di quelli che normalmente il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci. Inoltre, è stata esclusa la sussistenza del controllo analogo quando l'impresa abbia «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» e che risulterebbe dalla presenza di elementi, quali, a titolo esemplificativo: l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale dell'attività della società (citata sentenza *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005; così anche Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1).
In relazione al secondo requisito, rappresentato, come si è precisato, dalla prevalenza dello svolgimento dell'attività a favore dell'ente pubblico conferente, va, innanzitutto, chiarito come esso non impedisca che l'istituto dell'affidamento diretto sia configurabile anche in relazione al settore dei servizi pubblici. La circostanza, infatti, che tale settore si caratterizza per il fatto che le relative prestazioni sono rivolte, diversamente da quanto accade in presenza di un contratto di appalto, a favore dell'utenza, non costituisce un ostacolo alla riconduzione dell'attività all'autorità pubblica. Gli stessi giudici europei hanno, sul punto, sottolineato che non rileva stabilire se il destinatario dell'attività posta in essere dal gestore del servizio sia la stessa amministrazione o l'utente delle prestazioni. Si deve infatti «tener conto di tutte le attività realizzate» da tale gestore sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione, «indipendentemente da chi remunera tale attività», potendo trattarsi della medesima amministrazione o degli utenti delle prestazioni erogate (citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006).
Quanto al significato da attribuire all'espressione che identifica il requisito in esame, la giurisprudenza comunitaria ha sostanzialmente affermato che è necessario che il soggetto beneficiario dell'affidamento destini la propria attività "principalmente" a favore dell'ente. L'effettuazione di prestazioni che non siano del tutto marginali a favore di altri soggetti renderebbe quella determinata impresa "attiva sul mercato", con conseguente alterazione delle regole concorrenziali e violazione dei principi regolatori delle gare pubbliche e della legittima competizione. In altri

termini, nella prospettiva comunitaria, una lettura non rigorosa della espressione «parte più importante della sua attività» inciderebbe sulla stessa nozione di soggetto *in house* alterandone il dato strutturale che lo identifica come una mera "articolazione interna" dell'ente stesso. Una consistente attività "esterna" determinerebbe, infatti, una deviazione dal rigoroso modello delineato dai giudici europei, con la conseguenza, da un lato, che verrebbe falsato il confronto concorrenziale con altre imprese che non usufruiscono dei vantaggi connessi all'affidamento diretto e più in generale dei privilegi derivanti dall'essere il soggetto affidatario parte della struttura organizzativa dell'amministrazione locale; dall'altro, che sarebbero eluse le procedure competitive di scelta del contraente, che devono essere osservate in presenza di un soggetto "terzo" (quale deve ritenersi quello che esplica rilevante attività esterna) rispetto all'amministrazione conferente.
Va, inoltre, rimarcato che anche questa Corte ha avuto modo di affermare, sia pure con riferimento ad un settore diverso da quello in esame, che le esigenze di tutela della concorrenza impongono di tenere distinto lo svolgimento di attività amministrativa posta in essere da una società di capitali per conto di una pubblica amministrazione dal libero svolgimento di attività di impresa. L'esigenza di mantenere separate le due sfere di attività, ha puntualizzato la Corte, è finalizzata ad «evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 326 del 2008, punto 8.3 del *Considerando in diritto*).
Sul piano poi della verifica del rispetto del requisito in esame, la Corte di giustizia, in particolare, con la citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006, ha affermato che il giudice competente deve prendere in considerazione «tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» (par. 64).
Sul piano quantitativo, la stessa sentenza, al successivo paragrafo 65, fa espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante». Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.
Sul piano qualitativo, alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria (citata sentenza *Carbotermo* dell'11 maggio 2006), tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività "libera" in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente.

7.1.— Orbene, alla luce di quanto sopra, deve ritenersi sussistente il contrasto tra la norma impugnata e gli invocati parametri costituzionali.
Ed infatti, la suddetta norma – sul presupposto che l'affidamento *in house* possa essere giustificato se, tra l'altro, «la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano» (art. 3, comma 1, lettera *c*) – prevede, come si è già sottolineato, che «la rilevanza dell'attività (…) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate».
Il giudizio di verifica della sussistenza del requisito in esame è, dunque, limitato alla valutazione di dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto *in house* possa considerarsi "attivo" sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell'attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all'entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate. Nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente.
Deve, pertanto, ritenersi che effettivamente il legislatore provinciale abbia indicato criteri di verifica del requisito della "rilevanza dell'attività" meno rigorosi rispetto a quelli enucleati – sia pure nell'ambito di un complessivo giudizio che mantiene una valenza necessariamente casistica modulata sulle peculiarità delle singole fattispecie concrete – dalla giurisprudenza che si è formata al riguardo.
Di qui la violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato invocate dal ricorrente, alla cui tutela è finalizzata la delimitazione, effettuata, in via interpretativa, dalla Corte di giustizia, dell'ambito di operatività del modello gestionale dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali.
Pertanto, la valutazione in ordine alla rilevanza preponderante dell'attività nei confronti dell'ente pubblico conferente deve essere effettuata mediante la diretta applicazione della normativa comunitaria, quale risulta dall'interpretazione datane dai giudici europei. E sotto l'indicato profilo è indubbio che la declaratoria di illegittimità costituzionale del comma in esame conduce ad una maggiore chiarezza nella applicazione della normativa provinciale, contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 3 della legge impugnata, che deve essere interpretata alla luce dei principi sopra richiamati.
Sulla base delle considerazioni che precedono, non sussistono i presupposti per il rinvio pregiudiziale, chiesto – in via subordinata – dalla difesa della Provincia autonoma, in quanto nella specie non vi sono dubbi sulla interpretazione della normativa comunitaria, il cui significato è chiaro sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia; sicché ciò che residua nella specie è solo la questione di legittimità costituzionale della normativa provinciale per contrasto con i principi affermati in sede europea.
In conclusione, dunque, l'art. 3, comma 3, della legge provinciale in esame deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione delle norme comunitarie sulla tutela della concorrenza,

come interpretate dalla Corte di giustizia CE, e, dunque, dell'art. 8, comma 1, dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige e dell'art. 117, primo comma, Cost.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 novembre 2007, n. 12 (Servizi pubblici locali);

dichiara cessata la materia del contendere in ordine alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, della predetta legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 12 del 2007.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 15 dicembre 2008.

F.to:

Giovanni Maria FLICK, Presidente

Alfonso QUARANTA, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 23 dicembre 2008.