

1010. 151/20 41



RACCOMANDATA A MANO

AREA 04 - SETTORE 03

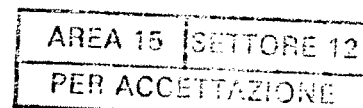
Giunta Regionale della Campania

Area Generale di Coordinamento

Avvocatura

Settore Consulenza Legale e Documentazione

Pratica n. PP 0151-15-12/ 2011



21 SET. 2011

REGIONE CAMPANIA

Prot. 2011. 0698221 15/09/2011

Mittente : Consulenza legale e documentazione

Assegnatario : Ricerca e Valorizzazione di Cave, Torbiere, Acque Miner...

Classifica : 1.



All'A.G.C. Lavori Pubblici, Opere Pubbliche,
Attuazione Espropriazione
Settore Ricerca e Valorizzazione di Cave,
Torbiere, Acque Minerali e Termali
Centro Direzionale, Is. A/6
80143 - Napoli



p.c. Al Capo di Gabinetto del Presidente della G.R.
Via S. Lucia, n. 81
80132 - Napoli

Oggetto: sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011 - declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2 della L.R. 11/2010 - richiesta di parere.

Si riscontra la nota prot. n. 2011. 0628487 del 16 agosto 2011, con la quale si sottopone all'esame della Scrivente il problema dell'applicabilità della vigente normativa regionale in materia di rinnovo di concessioni per la coltivazione delle acque termali, minerali da imbottigliamento e di sorgente, contenuta nella L.R. n. 8 del 29 luglio 2008 e relativo regolamento di attuazione, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 235 del 19 luglio 2011.

Con tale sentenza è stata, infatti, dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 2 della L.R. n. 11 del 25 ottobre 2010, che pretendeva di sottrarre dall'ambito di operatività del D. Lgs. n. 59/2010 il rinnovo delle concessioni previste dalla L.R. n. 8/2008, per contrasto con l'art. 117, co. II, lett. e) della Cost., che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza.

Ciò posto, il Settore in indirizzo, muovendo dall'assunto dell'operatività in materia del D. Lgs. 59/2010, chiede l'avviso della Scrivente in ordine ai seguenti quesiti:



- a) se debbano essere disapplicati i co. 13 e 14 dell'art. 4 della L.R. n. 8/2008, che disciplinano il rinnovo della concessione, attivando procedure di evidenza pubblica per la selezione del concessionario;
- b) se nei casi di procedure di rinnovo già in corso alla data della sentenza della Corte Costituzionale possano trovare applicazione gli artt. 4, co. 16 e 15, co. 2, della L.R. n. 8/08, che dispongono la proroga automatica della concessione fino all'individuazione del concessionario in esito a procedura concorsuale di evidenza pubblica;
- c) se anche in caso di primo rilascio della concessione debbano essere osservate adeguate forme di pubblicità atte ad assicurare un confronto concorrenziale ai fini della scelta del concessionario;
- d) se l'attivazione della selezione concorsuale per la scelta del concessionario debba ritenersi necessaria soltanto nel caso di concessione di acque termali oppure anche nei casi di concessioni di acque minerali da imbottigliamento, o di sorgente, ovvero ancora di concessioni per lo sfruttamento delle c.d. piccole utilizzazioni locali.

In via preliminare, si osserva che il problema della garanzia della concorrenza nell'accesso al mercato va, innanzitutto, affrontato a monte dell'attivazione di qualsivoglia procedura volta alla scelta dei concessionari, dovendo in primo luogo l'Amministrazione, sulla scorta di un'adeguata ed attuale pianificazione e programmazione della gestione delle risorse in argomento, stabilire se i bacini idrici di volta in volta considerati risultino, in base alle precipue caratteristiche, frazionabili o meno dal punto di vista idrogeologico e se ciascun frazionamento contenga sufficienti fonti sorgive che assicurino adeguati emungimenti (cfr. parere Agcm -Autorità garante della concorrenza e del mercato- del 24.11.2008).

Ad ogni buon conto, circa i quesiti proposti, sostanzialmente riguardanti la tipologia di procedura da seguire ai fini del rilascio delle concessioni in parola, si evidenzia che la L.R. n. 8/08 effettivamente contiene una disciplina che non sembra garantire il confronto concorrenziale per la scelta del concessionario, sia in sede di primo rilascio sia a seguito della cessazione di una precedente concessione.

In entrambi i casi, infatti, non è previsto il concorso ai fini dell'assegnazione della risorsa pubblica, con detrimento della concorrenza e dello sviluppo economico del territorio.

Il sostanziale automatismo del rinnovo, poi, a prescindere da qualsivoglia confronto concorrenziale, elimina qualsiasi possibilità di miglioramenti qualitativi dell'offerta da parte del



concessionario, favorendo in definitiva la costituzione di posizioni dominanti per periodi di tempo significativamente lunghi.

Siffatto assetto normativo regionale appare, pertanto, innanzitutto in contrasto con il principio di derivazione comunitaria, oramai consolidato nel nostro ordinamento, per cui la concessione di una *utilitas* pubblica, quale l'utilizzo di un bene demaniale (nella specie, patrimoniale indisponibile della Regione), per di più per la prestazione di servizi da offrire sul mercato, deve essere preceduta da una procedura di gara pubblica tesa a garantire, da un lato, la par condicio degli aspiranti e la libera concorrenza degli operatori e, dall'altro, la migliore soluzione possibile per l'Amministrazione, vale a dire il migliore sfruttamento possibile delle risorse pubbliche.

La giurisprudenza (cfr., fra le altre, C.d.S. n. 2151 del 7.4.2011; C.d.S. n. 4035 del 19.6.2009; Tar Liguria, Genova, n. 608 del 3.4.2009) ha, infatti, da tempo evidenziato, da un lato, l'indifferenza comunitaria al *nomen iuris* della fattispecie (appalto, concessione, ecc.), trovando l'applicazione dei principi di evidenza (trasparenza e non discriminazione) il presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato e, dall'altro, l'impossibilità di giustificare *la tradizionale idea della concessione senza gara* sulla scorta dell'art. 45 del Trattato Ce, da intendere in senso rigorosamente restrittivo.

Ciò posto, va altresì ricordato che con il D. Lgs. n. 59 del 26 marzo 2010 è stata recepita la direttiva servizi 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, che si applica *“a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di prestazioni anche a carattere intellettuale ... al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e di corretto ed uniforme funzionamento del mercato ...”* (cfr. art. 1, co. 1 e 2).

L'art. 16 del D. Lgs. in parola specificamente dispone che: *“1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi ...* 4. *Nei casi di cui al co. 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente,*



né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo".

Orbene, l'art. 2 della L.R. n. 11 del 25 ottobre 2010, a tenore del quale "*Le norme relative al rinnovo delle concessioni previste dalla legge regionale 29 luglio 2008, n. 8 ... e nel successivo regolamento attuativo ... si interpretano nel senso che, alle stesse, non si applicano le disposizioni del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 ..., in quanto afferenti ad attività sanitarie sottratte alla disciplina comunitaria sui Servizi ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera b) del medesimo decreto legislativo*" è stato dichiarato in contrasto con l'art. 117, co. 2, lett. e) della Cost. con la sentenza della Corte Costituzionale richiamata in oggetto.

Tale sentenza ha chiarito che le concessioni demaniali idriche (*rectius* minerarie) non rientrano fra le ipotesi escluse dal legislatore statale dall'ambito di operatività del D. Lgs. 59/2010.

Nel caso di specie, pertanto, nelle more dell'auspicabile intervento di adeguamento del legislatore regionale, l'operato dell'Amministrazione competente dovrebbe essere improntato al rispetto delle fonti comunitarie e di derivazione comunitaria vincolanti, sia privilegiando l'interpretazione e l'applicazione della normativa regionale in guisa tale da assicurare comunque il rispetto dei superiori principi vincolanti del Trattato Ce, nonché delle disposizioni statali di recepimento della normativa comunitaria in materia di concorrenza nell'accesso e nell'esercizio di servizi nel mercato interno, sia disapplicando quelle norme regionali (fra cui i co. 13 e 14 dell'art. 4, L.R. 8/08) che appaiono in aperto contrasto con la suddetta disciplina di derivazione comunitaria.

A tale ultimo proposito, la Corte Costituzionale (cfr. sentenza n. 389/1989) ha affermato il principio che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge), tanto se dotati di poteri di dichiarazione di diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi, sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con principi e disposizioni normative comunitarie vincolanti (c.d. primato o supremazia del diritto comunitario), che costituiscono, peraltro, parametri di legittimità dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1, co. 1, della L. 241/90.

Tenuto conto, inoltre, del fatto che la sentenza della Corte Costituzionale n. 235/2011 si riferisce al complesso delle "*concessioni demaniali idriche*" di cui alla L.R. n. 8/2008, che concerne lo sfruttamento delle acque minerali e termali, delle risorse geotermiche e delle acque di sorgente,



in quanto preordinato alla prestazione di servizi sul mercato, e considerata, altresì, l'ampia nozione di servizi espressamente dettata dal D. Lgs. n. 59/2010 (innanzi riportata), dovrebbe ritenersi necessario l'espletamento di procedure di evidenza pubblica ai fini del rilascio (ovvero del rinnovo) oltre che delle concessioni per lo sfruttamento delle acque termali, anche delle concessioni finalizzate allo sfruttamento commerciale delle acque minerali e di sorgente, fatta eventualmente salva, per quanto attiene alle "piccole utilizzazioni locali", la possibilità di circoscrivere la relativa procedura ai soggetti che abbiano la disponibilità dei terreni che insistono sul giacimento ovvero sul bacino idrico di captazione.

Per quanto riguarda, infine, la questione dell'incidenza della sentenza della Corte Costituzionale in oggetto sulle procedure di rinnovo *in itinere*, si ricorda che le sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge operano con efficacia retroattiva con il solo limite delle situazioni giuridiche consolidate per essersi il relativo rapporto esaurito definitivamente.

Infatti, l'art. 136 Cost., in base al quale "*la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*", deve essere integrata dal disposto dell'art. 30, terzo comma, l. cost. 11.3.1953 n. 87, per cui "*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*".

Con la sentenza n. 49 del 2 aprile 1970, la Corte Costituzionale ha chiarito la differenza tra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale, evidenziando che "*L'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera temporale di efficacia, e quindi l'applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento nel tempo, che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima. La declaratoria d'illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, altro è l'accertamento della illegittimità costituzionale; in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte*".



La tesi, oramai generalmente accolta e confermata dalla stessa Corte, è dunque nel senso che le sentenze di accoglimento spiegano i loro effetti nei confronti di tutti i rapporti giuridici pendenti, restando esclusi i soli rapporti esauriti (fatta salva l'eccezione testualmente prevista dall'ultimo comma dell'art. 30, L. 87/53).

L'esaurimento o la pendenza vanno logicamente commisurati alla data della pubblicazione della sentenza.

Il concetto di "rapporto esaurito" è riferito alle situazioni giuridiche che possono dirsi ormai consolidate ed intangibili, allorché i rapporti tra le parti siano stati già definiti anteriormente alla pronuncia di illegittimità costituzionale per effetto, sia di giudicato, sia di atti amministrativi non più impugnabili, sia di atti negoziali rilevanti sul piano sostanziale o processuale, nonostante l'inefficacia della norma dichiarata incostituzionale.

Alla luce di quanto precede, dovrebbe ritenersi che l'Amministrazione non possa dare ulteriormente corso alle procedure di rinnovo attivate dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 59/2010, ma vigente la disposizione di legge regionale dichiarata incostituzionale (art. 2, L.R. n. 11/2010), in quanto procedure pendenti alla data di pubblicazione della sentenza d'incostituzionalità.

In altri termini, ferma restando la piena discrezionalità dell'Amministrazione di procedere o meno al rilascio ovvero al rinnovo (vale a dire all'affidamento *ex novo*) delle concessioni stesse, sulla scorta della pianificazione e della programmazione di settore, a far data dalla sentenza della Corte Costituzionale non appare conforme ai parametri di legittimità dell'attività amministrativa la prosecuzione dei procedimenti di rinnovo secondo le disposizioni della L.R. n. 8/08 in contrasto con l'art. 16 del D. Lgs. 59/2010, dovendo, piuttosto, siffatti procedimenti essere depurati da tutti quegli aspetti di automatismo nei rinnovi in capo a soggetti predeterminati, in guisa tale da evitare il consolidamento, pressoché indefinito nel tempo, di posizioni monopolistiche o dominanti, in dispregio alle regole della concorrenza e del mercato, oltre che dell'interesse pubblico al migliore sfruttamento possibile delle risorse idrotermominerarie pubbliche.

Ciò posto, quanto all'ulteriore quesito circa l'applicabilità, nelle more dell'eventuale espletamento di procedure concorsuali di evidenza pubblica per la scelta dei concessionari, degli artt. 4, co. 16 e 15, co. 2 della L.R. n. 8/08, va rimarcato che tali norme dispongono la proroga automatica delle concessioni per il tempo necessario alla definizione, positiva o negativa, delle



procedure di rinnovo, nel presupposto, tuttavia, che lo stesso possa eventualmente configurarsi esclusivamente in capo al precedente concessionario titolato ad effettuare la relativa istanza.

La disposizione potrebbe, quindi, conservare un suo margine di operatività soltanto se estensivamente interpretata, coerentemente con i principi e le disposizioni di matrice comunitaria, come riferita al caso in cui l'Amministrazione si sia determinata a procedere per il rinnovo, inteso come affidamento *ex novo* della concessione secondo procedure di evidenza pubblica.

Tuttavia, sul piano generale, si osserva che la proroga è possibile esclusivamente per i rapporti non scaduti, dei quali, infatti, consente la prosecuzione, oltre i limiti di tempo originariamente previsti, per motivate ragioni di pubblico interesse.

Nei sensi sopra precisati, si rende il richiesto parere limitatamente alle questioni giuridiche poste, lasciando al Settore in indirizzo il compito di effettuare le valutazioni di merito più propriamente amministrative, rivolte a dare corretta applicazione alla normativa di settore, la quale peraltro sottende, nel caso di specie, l'opportunità di acquisire un preciso indirizzo operativo da parte degli organi regionali competenti alla funzione legislativa e di indirizzo politico-amministrativo, nonché di valutare se la rilevanza della questione possa giustificare una richiesta circostanziata di parere all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'ESTENSORE INCARICATO
-avv. Tiziana Monti-

IL DIRIGENTE DEL SETTORE
-avv. Massimo Lacatena-

IL COORDINATORE DELL'AREA
-avv. Maria D'Elia-