

*Alberto Lucarelli*

*Ordinario di Diritto costituzionale*

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università di Napoli Federico II*

**Il Presidente della X Commissione del Senato, senatore Giroto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), ha chiesto al sottoscritto un parere scritto di approfondimento ed analisi delle tematiche trattate nel testo.**

**Lo stesso sarà acquisito agli atti e pubblicato sulla pagina *web* della Commissione.**

- Il Disegno di legge-delega governativo per il mercato e la concorrenza 2021 configura un importante strumento di riflessione sul governo e la gestione servizi pubblici locali. Il suo obiettivo è “ripensare” la disciplina vigente, prevedendo la realizzazione di un Testo Unico in materia, allo scopo di armonizzare e dare organicità alla variegata normativa che disciplina i servizi pubblici locali.

Punto di partenza del parere è il dato legislativo vigente, frutto, come è noto, di una travagliata evoluzione, e le possibili novità che il Governo ha intenzione di introdurre. Tale quadro di riferimento s’incardina nei principi costituzionali di riferimento in particolare, solidarietà, uguaglianza, sussidiarietà verticale ed orizzontale, che costituiscono il substrato imprescindibile per tale riflessione.

In particolare, occorre ricordare che i principi di solidarietà ed uguaglianza, che trovano la loro fonte anche nella Costituzione economica (artt. 41-43 Cost.), non possono e non debbono essere in alcun modo travolti dalle necessità di individuare metodi efficienti ed efficaci per la gestione del servizio pubblico, ricordando inoltre che si tratta di servizi svolti in regime di monopolio naturale ex art. 43 Cost.

Il presente studio si propone di analizzare le possibili ricadute del quadro normativo che si andrà a delineare nei servizi pubblici in generale, e sulle modalità di affidamento e gestione in particolare.

Dal punto di vista della legislazione ordinaria, il dato di partenza è dato dall’art 113<sup>1</sup> del d.lgs 267/2000 (Tuel) che individua le modalità di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> La norma afferma che: “...i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a: istituzioni; aziende speciali, anche consortili; società a capitale interamente pubblico a condizione che 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. È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma. Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.....”.

<sup>2</sup> Sul punto si ricorda A. VIGNERI, *Brevi osservazioni sul nuovo art.113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Astridonline*, 7 gennaio 2004.

e poi dall'art. 150<sup>3</sup> del d. lgs 152/2006 in tema di servizi idrici<sup>4</sup>, proseguendo poi con gli interventi legislativi del 2008 e del 2011.

Dunque, all'esito di un'indagine di natura teleologica sulla norma in commento, s'intende verificare la compatibilità costituzionale della scelta del legislatore con gli artt. 117 e 118 Cost, nonché con la scelta di imporre, nella sostanza, una procedura di evidenza pubblica per individuare il concessionario del servizio.

Inoltre, persiste il tema della riproposizione di una normativa, che sembra essere sostanzialmente corrispondente a quella abrogata dal corpo elettorale con il referendum del 2011.

Come espressamente affermato dal legislatore, nell'*incipit* dell'art. 6, la scelta di indirizzo politico alla base della sopracitata norma è la razionalizzazione della normativa sui servizi pubblici locali.

E' noto che ci si trova di fronte ad una disciplina fortemente frammentata, che da anni meriterebbe una disciplina organica, ma soprattutto una disciplina che fosse coerente ed armonica con la Costituzione, innanzitutto direi costituzionalmente orientata rispetto all'art. 43 Cost.

Dal 2011 in poi, ed in particolare in seguito al referendum del 2011, si è assistito ad una serie di tentativi regressivi rispetto all'esito referendario.

Per ovviare alla frammentarietà della disciplina attualmente vigente l'esecutivo ha approvato un disegno di delega, che dispone l'adozione da parte del Governo, entro il termine sei mesi, di un decreto legislativo di semplificazione della disciplina dei servizi pubblici locali, anche attraverso l'adozione di un Testo Unico.

In tale contesto di grande incertezza, è necessario individuare alcuni punti di riferimento intorno ai quali sviluppare un ragionamento ed eventualmente formulare qualche spunto costruttivo e propositivo.

Si deve ricordare, infatti, che la disciplina dei servizi pubblici locali<sup>5</sup> (SPL), contenuta principalmente nell'articolo 113 D.Lgs. 267/2000, recante il testo unico degli enti locali (TUEL), è stata profondamente modificata all'inizio della XVI legislatura dall'articolo 23 bis del D.L. n. 112/2008 - (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 133/2008) che, con il comma 11, ne ha disposto l'abrogazione<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>La norma afferma al comma 2 che "L'Autorità d'ambito aggiudica la gestione del servizio idrico integrato mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'articolo 113, comma 7, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, secondo modalità e termini stabiliti con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nel rispetto delle competenze regionali in materia".

<sup>4</sup> A. LUCARELLI, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge n. 133 del 2008*, in *Quale Stato*, 1, 2009; Id, *L'eau: entre bien public et bien commun*, G. MARCOU (dir.), *Annuaire sur L'Eau*, GRALE Groupe de recherche sur les autonomies locales en Europe, Paris, 2010 ; ID, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Modelli alternativi per un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in A. NUZZO (a cura di), *Acqua, Analisi giuridica dell'economia*, Bologna, 1, 2010

<sup>5</sup> Per un approfondimento sul tema dei servizi pubblici locali U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, 5517 ss; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 552 ss.

<sup>6</sup> In tema E, FURNO, *La neverending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in *Giust.Amm.it*, 27 settembre 2011.

La disciplina dell'art. 23-bis è stata successivamente novellata, in vari punti, dall'articolo 15 del D.L. 135/2009 e completata dal regolamento di delegificazione adottato con D.P.R. 168/2010.

Molto importante è la sentenza n. 24 del 2011 della Corte costituzionale, con quale si dichiarava l'ammissibilità di uno dei quesiti referendari, affermando, tra l'altro, il principio della neutralità europea rispetto agli assetti proprietari<sup>7</sup>.

Per colmare il vuoto normativo lasciato dall'abrogazione referendaria dell'articolo 23-bis, il legislatore è nuovamente intervenuto nella materia con l'articolo 4 del D.L. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla L. n. 148 del 2011, che ha previsto una nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali<sup>8</sup> che provava, maldestramente, a tenere conto dell'esito di uno dei quesiti della consultazione popolare - escludendo espressamente il settore idrico<sup>9</sup>.

Come è noto questa disciplina è stata oggetto di una sentenza della Corte costituzionale, la n. 199 del 2012<sup>10</sup>, con la quale si annullava la disciplina che riproponeva quanto abrogato dal referendum e si riaffermava il principio del vincolo referendario<sup>11</sup>.

E' evidente dunque che va tenuto nella giusta considerazione l'aspetto del vincolo referendario e la possibilità (giuridica e politica) per il legislatore di disattendere la volontà espressa dal popolo in sede di consultazione popolare.

Tale aspetto va analizzato sia dal punto di vista prettamente giuridico, valutando le possibili conseguenze di una normativa riproduttiva di una norma censurata dalla Corte Costituzionale; ma altresì dal punto di vista politico, evidenziando quali possano essere le conseguenze in capo al Parlamento nell'approvare una normativa già considerata, nella sostanza, non compatibile al dettato costituzionale dalla Corte.

In merito al contenuto dell'art 6, si può ravvisare con immediatezza l'intenzione del legislatore di apportare un sostanziale intervento al tema dei servizi pubblici<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul punto A. LUCARELLI, *La mancanza di univocità e chiarezza del quesito n. 2: la necessaria armonizzazione tra la disciplina generale dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato e quella di settore*, in *Giur. cost.*, 1, 2011

<sup>8</sup> A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto-legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista AIC*, 3, 2011

<sup>9</sup> In tema si veda A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, 6, 2010

<sup>10</sup> Per un approfondimento sul tema A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, 18, 2012; M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 settembre 2012; P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici di rilevanza economica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2011, 7

<sup>11</sup> E. LANZA, *Dal secondo tramonto delle liberalizzazioni dei servizi pubblici locali alla nuova alba del vincolo referendario*, in *Diritti regionali*, 30 luglio 2012; S. LA PORTA, *Il "Ripristino" della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Rivista Aic*, 4, 2012.

<sup>12</sup> Così emerge con chiarezza dall'art. 1 del disegno di legge che nell'individuare le finalità della riforma così si esprime: "1. La presente legge reca disposizioni per la tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione e dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, finalizzate, in particolare, a: a) promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, tenendo in adeguata considerazione gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei

Tale norma, mediante delega al governo, detta i principi ed i criteri direttivi per l'elaborazione e l'emanazione di un Testo Unico in tema di servizi pubblici locali, allo scopo di razionalizzare la disciplina in materia ed individuare in un unico testo normativo il tema.

In primo luogo, il legislatore si preoccupa di rispettare il principio di concorrenza<sup>13</sup>, riconosciuto come materia di competenza esclusiva dello Stato. Come più volte affermato e sostenuto dalla dottrina, la concorrenza non è un principio ma una regola<sup>14</sup> nel nostro ordinamento costituzionale, ma anche in ambito europeo<sup>15</sup>, e come tale va subordinata ai principi fondativi<sup>16</sup>.

Sul punto si deve ricordare che l'aspetto problematico intorno alla concorrenza è dato dalla mancanza di una specifica definizione normativa, sia interna che a livello comunitario, di concorrenza che non consente con chiarezza di individuare il bene da tutelare.

Si deve affermare che non è possibile indicare "semplicemente" la concorrenza come modo di funzionamento dei mercati, ma essa dovrebbe essere intesa come un diritto di libertà attribuito dall'ordinamento ai soggetti privati<sup>17</sup>. Tale diritto non può essere assoluto, nè può dirsi indisponibile: deve essere limitato per consentire agli altri diritti di trovare il loro giusto spazio di tutela<sup>18</sup>.

Ne deriva che in un ordinamento che prevede la tutela della concorrenza, intesa come diritto di libertà, devono esistere meccanismi in grado di bilanciare correttamente l'interesse individuale di libera iniziativa economica con interessi collettivi che possono derivare anche dal medesimo diritto di libertà.

Si può sostenere, dunque, che non possa esistere una scelta *a priori* in grado di "regolare" in maniera predefinita il diritto di libertà sotteso alla concorrenza: esso sarà sempre il frutto di un processo dinamico di contemperamento di interessi diversi, legato alla dinamicità dei mercati e alla necessaria tutela di diritti della collettività.

---

*servizi pubblici e di potenziare la tutela dell'ambiente e il diritto alla salute dei cittadini; b) rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo e amministrativo, all'apertura dei mercati; c) garantire la tutela dei consumatori".*

<sup>13</sup> In tema di concorrenza nella Costituzione si veda G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2017, p. 429, che si esprime così: "la tutela della concorrenza implica il divieto di condotte private e di misure pubbliche limitative, l'eliminazione delle barriere che precludono l'apertura dei mercati, la rimozione delle restrizioni che impediscono la par condicio degli operatori concorrenti".

<sup>14</sup> Tale espressione è di A. LUCARELLI, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici* in *Giur. cost.*, 6, 2020.

<sup>15</sup> Cfr. Per approfondimenti sul tema si rinvia a F. CARUSO, L. SICO, *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino, 2003; A. M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004; E. M. MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004; F. FERRARO, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 669-695; L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007.

<sup>16</sup> A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta online, 2020.

<sup>17</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza*, *Annali*, III, 2010, passim.

<sup>18</sup> Sulla necessità delle operazioni di bilanciamento tra concorrenza ed altri diritti si veda R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, (a cura di) M. AINIS, G. PITRUZZELLA, Bari 2019, p. 65, che afferma: "la concorrenza non è un bene da bilanciare con altri beni costituzionali, ma sia la premessa e il quadro in cui si svolge il bilanciamento, che è poi lo strumento normale con cui i diritti (e gli altri interessi) costituzionali trovano applicazione nei casi concreti".

La concorrenza sarebbe dunque da concepirsi come uno degli strumenti idonei a realizzare tali interessi, tra i quali in particolare la crescita del benessere collettivo<sup>19</sup>.

Quindi, in piena coerenza con quanto già elaborato dal legislatore nel 2008 e nel 2011, ovvero con le normative espunte per volontà popolare dall'ordinamento, viene ad essere considerato, nella normativa in esame, elemento fondamentale e substrato imprescindibile sul tema della gestione del servizio pubblico, l'aspetto concorrenziale. Si tratta dunque di un errore sistemico.

Tale riferimento può essere letto come elemento sintomatico di un ordinamento in cui la logica concorrenziale costituisce la regola principale, non solo in settori prettamente economici, ma anche nei settori "sociali" quali quello dei servizi pubblici privi di rilevanza economica<sup>20</sup>.

Il filo conduttore di tale riforma è, dunque, rinvenibile in un sostanziale obbligo imposto alle amministrazioni pubbliche di "aprirsi" al mercato, per trovare all'esterno il soggetto al quale affidare la gestione del servizio. Una lettura in tal senso della norma, rischia di essere una sostanziale conferma di quanto già provato ad adottare nelle legislazioni passate.

L'apertura al mercato è secondo il diritto europeo la via prevalente, ma tuttavia è una delle vie, e come tale non esclusiva al punto da essere imposta ai Comuni, per garantire l'efficienza e l'efficacia del servizio, considerando le amministrazioni pubbliche non in grado di gestire un servizio pubblico<sup>21</sup>.

Quello che viene sostanzialmente *dimenticato* nel testo, è che non è l'unica via: anzi come più volte ricordato dalla giurisprudenza, gli enti locali devono essere messi in condizione di optare tra più modelli<sup>22</sup>.

Siamo di fronte ad una lettura che tende ad allontanarsi di gran lunga dalla prospettiva di uno Stato democratico-sociale, in cui le prestazioni essenziali sono compito dei soggetti pubblici; o comunque nei quali al soggetto pubblico è affidato un ruolo anche di natura gestionale<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza, cit.*

<sup>20</sup> In realtà tale impostazione è smentita da una recentissima pronuncia della giurisprudenza che in tema di affidamento di servizi sociali afferma che si possa prescindere dalle regole concorrenziali applicazione quando non vi è alcuna remunerazione della prestazione, ossia in presenza del mero rimborso delle spese documentate, escludendo tassativamente ogni forma di introito diretto o indiretto, pur anche marginale. Sul punto Consiglio di Stato, 7 settembre 2021, n. 6232

<sup>21</sup> Sul punto A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia, cit.*, p. 247 ss., in cui si evidenzia che "la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011, ma già la sentenza Corte cost. n. 325 del 2010 „, presenta tre punti decisamente innovativi, che consentono una riflessione più ampia sul diritto pubblico europeo dell'economia: 1) si smentisce che il diritto europeo imponga agli Stati membri di privatizzare i servizi pubblici locali; 2) si riconosce l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, alternativo al diritto dei mercati e della concorrenza; 3) si riconosce ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto UE che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale". *Id.*, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, pp. 155 ss, in cui si evidenzia che dagli artt. 14 e 106 comma 2 TFUE, emerge come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha valore assoluto, ma è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

<sup>22</sup> In tema si veda Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, «L'autorità pubblica, in virtù del principio di libera amministrazione, può discrezionalmente scegliere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato – individuando l'affidatario mediante gara ad evidenza pubblica; attraverso il partenariato pubblico-privato, ossia per mezzo di una società mista con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio e per la gestione del servizio; attraverso l'affidamento in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo».

<sup>23</sup> Sul punto S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, pp. 378 e ss; V.M. SBRESCIA, *Alberto Beneduce e le trasformazioni del modello di intervento pubblico in economia: la vicenda dello Stato imprenditore ed il ruolo*

Si tratterebbe di una prospettiva non costituzionalmente orientata, che si pone di fatto e di diritto non in sintonia con la nostra forma di Stato. Una normativa che tende in prospettiva ad allontanarsi anche dal diritto europeo, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale, che in nessun caso impone in maniera assoluta la logica concorrenziale e che, invece, riconosce casi in cui l'apertura al mercato sia da evitare per non pregiudicare i diritti fondamentali.

Siamo in presenza di una tendenziale deresponsabilizzazione del poter pubblico di fronte allo svolgimento di funzioni essenziali che possono generare conseguenze negative in relazione ai principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziali, negando tutela ai diritti fondamentali dei cittadini<sup>24</sup>.

La concorrenza, così come concepita nel progetto di riforma, da regola si trasformerebbe in principio ispiratore delle politiche pubbliche locali, in principio di orientamento delle scelte, ponendosi al di sopra dei reali principi fondativi della nostra Carta costituzionale, così come desumibili dagli artt. 2, 3, 5, 42 e 43 Cost.

Ma se la *ratio* della tutela della concorrenza è quella di impedire la formazione di soggetti economici talmente potenti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia<sup>25</sup>, l'onnipotenza della concorrenza equivarrebbe a determinare una distorsione proprio dei beni a cui è posto a tutela.

Il punto è che eventuali poteri pubblici volti a riequilibrare le posizioni in caso di tirannia della concorrenza non sono ancora stati ben definiti: questo è un punto veramente critico di questa prospettiva di liberalizzazione (*rectius* privatizzazione).

Si tratta di una vera *furia* privatizzatrice, che nulla ha a che vedere con le liberalizzazioni, assistendosi di fatto ad un trasferimento coatto di responsabilità, di beni e servizi dal pubblico, ovvero dagli enti locali, a soggetti privati<sup>26</sup>.

Tutto ciò avviene in un momento, nel quale vi è la grande opportunità del PNRR, che offrirebbe la possibilità di una gestione pubblica dei servizi, laddove le risorse fossero opportunamente allocate utilizzate.

Tale idea, in maniera incomprensibile, sembra essere stata scartata *a priori* dal legislatore. La concorrenza, e dunque l'apertura al mercato, con tutti i limiti di settori nei quali si parla di concorrenza per il mercato e non di concorrenza nel mercato, diventerebbe l'unica via da seguire.

---

dell'iri a quindici anni dalla sua messa in liquidazione. Spunti di riflessione per il possibile rilancio dell'azione pubblica nelle dinamiche economiche, in *Riv. Giuridica del Mezzogiorno*, 4, 2015, pp. 777 ss

<sup>24</sup> Ancora sul punto . A.LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit.

<sup>25</sup> Così definisce la concorrenza M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 324.

<sup>26</sup> Sul punto M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 4, 1995, p. 519 afferma che: "Privatizzare le imprese pubbliche significa ridefinire l'ambito dei rapporti tra Stato e mercato. E, come accade in qualsiasi relazione di complementarità, se cambia la configurazione di uno degli elementi dell'insieme - cioè la struttura del mercato non più connotata dalla presenza delle imprese pubbliche - muta necessariamente la configurazione dell'elemento complementare - cioè la struttura dello Stato che rinuncia al ruolo di imprenditore". Da ciò si desume la deformazione del ruolo del potere pubblico e la valorizzazione esclusivamente dei soggetti privati anche nel settore dei servizi pubblici.

Che sia così è facilmente intuibile dal dettato della lettera f) dell'art 6 del disegno di legge delega in questione.

La norma prevede che: “f) *fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una **motivazione anticipata e qualificata**, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di una efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e della qualità, **degli investimenti** e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificano il mancato ricorso al mercato, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione*”....;

In primo luogo il riferimento all'art 35<sup>27</sup> del d. lgs 50/ 2016, rubricato “*Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti*”, è una conferma di quanto già prospettato in precedenza. Le amministrazioni pubbliche sono obbligate al rispetto della normativa introdotta dal Codice dei Contratti pubblici, e quindi, obbligate a porre in essere procedure competitive per la scelta del soggetto a cui affidare il servizio pubblico, nel momento in cui il valore del servizio supera una certa soglia economica, preventivamente indicata dalla legge.

Si deve ragionare su come sia possibile intendere tale previsione: in particolare, possono emergere almeno due interpretazioni. Per una il testo potrebbe voler intendere che la regola della concorrenza sia doverosamente applicabile soltanto alle procedure di affidamento di servizi che superano le soglie di cui all'art 35 d. lgs. 50 del 2015<sup>28</sup>.

Al di sotto di tali soglie, invece, ogni amministrazione sarebbe assolutamente libera nell'individuare le modalità di gestione del servizio, in ossequio al principio di equivalenza delle forme di gestione di cui all'art. 112 del Tuel.

Un'altra lettura della previsione, invece, potrebbe essere quella per cui il legislatore non intende derogare alla regola della concorrenza per i servizi sottosoglia, ma soltanto derogare alla regola della gara pubblica. In questo senso, l'aspetto concorrenziale verrebbe ugualmente rispettato ma con l'espletamento

---

27 1. Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:a) euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;b) euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;c) euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

2. Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono:a) euro 5.225.000 per gli appalti di lavori;b) euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

<sup>28</sup> Sull'affidamento dei contratti sotto-soglia v. G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*(art. 36), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, seconda edizione, Torino, 2019, pp. 867 ss

di procedure diverse, in cui la scelta del soggetto affidatario avviene con una procedura competitiva ma non caratterizzata dalla complessità della gara pubblica<sup>29</sup>.

Tale ricostruzione trova conferma nell'art. 36<sup>30</sup> del d.lgs 50 2016 rubricato "Contratti sottosoglia"<sup>31</sup> in cui il legislatore statuisce in maniera espressa che l'affidamento e l'esecuzione di servizi avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice<sup>32</sup>.

Dalla norma si evince con chiarezza che seppur in assenza delle procedure di gara, le amministrazioni sono obbligate a porre in essere procedure competitive al fine di individuare il soggetto affidatario del servizio, rispettando una serie di principi che costituiscono un limite insuperabile dell'azione pubblica

Ne deriva che non si tratterebbe dunque, ad un'attenta lettura della norma, di una deroga alla regola della concorrenza, in caso di servizi al di sotto delle soglie comunitarie, ma della possibilità di accedere a procedure più snelle e rapide rispetto a quelle delle gare pubbliche.

Quello che però risulta essere un dato imprescindibile è il necessario utilizzo di una procedura di selezione, comunque denominata, che consente di scegliere tra più operatori economici, che offrono il servizio in modo da rendere efficace ed efficiente lo stesso.

L'altra questione problematica che si pone analizzando l'art 6 è a che condizioni sia possibile accedere al modello dell'autoproduzione, ovvero lo svolgimento diretto<sup>33</sup> del servizio da parte dell'amministrazione di riferimento?

In primo luogo, si deve ben comprendere se questa libertà di azione è una libertà ad ampio raggio o ridotta ai casi in cui il valore del servizio sia al di sotto della soglia comunitaria di riferimento di applicazione delle norme del codice dei contratti.

Riproponendo il ragionamento svolto in precedenza, si potrebbe sostenere che l'autoproduzione sarebbe possibile soltanto per i servizi il cui valore è al di sotto della soglia comunitaria.

Una impostazione così restrittiva, che consente l'autoproduzione soltanto per le procedure sottosoglia, sarebbe però in contrasto con la lettera della norma che impone quale regola generale il

---

<sup>29</sup> In tema di procedura negoziata si ricorda P. MILAZZO, *Le procedure di scelta del contraente* (artt. 59-63), in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 475 ss

<sup>30</sup> Art 36 d. lgs 50/2016, al comma 1 afferma: "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

<sup>31</sup> In generale sul tema A. CINCOLTI, *Gli affidamenti "sotto soglia" nel nuovo codice dei contratti pubblici in Italia* Appalti, 24 luglio 2017.

<sup>32</sup> Sul punto G. FONDERICO, *Contratti sotto soglia*(art. 36), cit, pp. 869 ss.

<sup>33</sup> In tema di affidamento diretto si veda M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e "in house providing"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, pp. 537 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, pp. 324 ss; L. IERA, *Appalti pubblici, servizi pubblici, affidamento in house, partecipazione e controllo. Un difficile intreccio*, in *Il Nuovo diritto*, 2005, fasc. 5, pp. 351; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pp. 33;



mercato: prevedendo la gara europea sopra una certa soglia e consentendo una procedura comunque competitiva per quelle sottosoglia. Va ricordato che lo spirito dell'art. 106.2 TFUE, in ossequio al principio di libera amministrazione e alla discrezionalità, consente all'amministrazione di scegliere la migliore forma di gestione possibile equivalendosi tutte le possibili forme previste espressamente dal legislatore<sup>34</sup>.

La soluzione preferibile, compatibile anche con i principi costituzionali in materia, è quella per cui sia per i contratti sopra soglia, sia per sotto soglia il modello dell'autoproduzione sia sempre e comunque possibile, rientrando nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta delle modalità di affidamento e gestione del servizio<sup>35</sup>. Al più si potrebbe indagare sulle diverse forme di autoproduzione previste dal nostro ordinamento.

Nel caso di affidamento *in house* si tratterebbe di affidare solo formalmente il servizio all'esterno, in quanto poi trattandosi di una "longa manus" dell'amministrazione concedente, il servizio verrebbe gestito all'interno.

Proprio in virtù di tali peculiarità e in considerazione del fatto che l'obiettivo di promuovere la concorrenza, infatti, costituisce uno dei pilastri del diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 3, comma 3, TUE, dell'art. 3, lett. b), e dell'art. 119, TFUE, per i benefici che porta al tessuto economico delle imprese e, in definitiva, agli stessi cittadini, il ricorso *all'in house* è subordinato ad una serie di limiti molto gravosi.

Le amministrazioni, nella motivazione del provvedimento, devono dare atto «delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

---

<sup>34</sup> Sull'equivalenza delle forme di gestione si ricorda A. LUCARELLI, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunce della Corte*, in *Foro Amministrativo*, 1, 2014, pp. 345, in cui si afferma: "è reso chiaro che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE), pubblico o privato, della proprietà, che insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale, come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001".

<sup>35</sup> Sul punto si ricorda la giurisprudenza sulla possibilità per gli Enti di governo d'ambito di affidare in via diretta il servizio idrico ad una società in house providing anche con partecipazione di capitale privato si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, che ha sancito il seguente principio di diritto: «La partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. Nel caso di specie, inerente il settore dei servizi idrici, la partecipazione di privati è preclusa poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva. Pertanto, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescrive che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'inhouse ai privati deve ritenersi esclusa. Non può giungersi a diversa conclusione, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'art. 149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)».

Tali stringenti limiti si pongono come elementi sintomatici di un indirizzo politico volto completamente a porre in essere politiche concorrenziali, facendo risultare il modello dell'autoproduzione attraverso *l'in house* soltanto come un'eccezione e non come regola generale<sup>36</sup>.

Discorso in parte diverso potrebbe essere quello dell'autoproduzione attraverso aziende speciali. In questo caso, soccorre l'art 43<sup>37</sup> della nostra Costituzione, norma secondo cui la legge può riservare il monopolio allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia per finalità di preminente interesse generale<sup>38</sup>.

L'impresa pubblica sarebbe, dunque, una forma di autoproduzione che non potrebbe in alcun modo essere toccata dalla disciplina concorrenziale, in quanto è lo stesso legislatore costituzionale che prevedrebbe una deroga al regime concorrenziale<sup>39</sup>. In realtà, forse, più che parlare di deroga sarebbe più corretto parlare di bilanciamento tra valori costituzionalmente garantiti.

Infatti, nel bilanciamento tra libertà di iniziativa economica ex artt. 41 Cost, disciplina della concorrenza art. 117 Cost. e art 43 Cost. è ragionevole pensare che le "finalità di preminente interesse generale" possano costituire un elemento ragionevole per ritenere prevalente la riserva ad un soggetto pubblico della gestione di un servizio pubblico.

Nella prospettiva così ricostruita, l'art 6 in commento rischia di stravolgere il senso della concorrenza all'interno della nostra Carta Costituzionale. La tirannia della concorrenza, così come concepita, infatti, rischia di estromettere gli enti locali dall'esercizio di una funzione amministrativa importante quale quella della scelta di come gestire ed affidare un servizio pubblico.

Questa lettura colliderebbe con l'art 118 della Costituzione, che declinando il principio di sussidiarietà verticale, vede l'attribuzione delle funzioni amministrative agli enti pubblici in senso ascendente, partendo

---

<sup>36</sup> Questa idea è confermata dall'Anac che nella seduta del Consiglio dell'8 settembre scorso, ha approvato la proposta di Nuove Linee guida in fatto di affidamenti in-house per le società pubbliche. Da tale seduta è emerso che prima di ricorrere ad assegnazioni di appalti e concessioni in-house, le stazioni appaltanti dovranno fornire e rendere pubbliche con precise motivazioni di convenienza economica e sociale le ragioni che portano a scegliere l'in-house, invece della gara. In tal modo mettendo in grado anche cittadini e operatori economici esclusi dall'in-house di verificare e controllare se tali motivazioni esistano veramente, o sono soltanto uno strumento fittizio da parte di amministrazioni pubbliche e società controllate per evitare la gara.

<sup>37</sup> Sul tema si ricorda A. LUCARELLI, *Art 43*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006 ora in *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, p. 3 ss, che vede nella norma l'ideazione di un sistema economico ispirato alle ragioni di solidarietà, di uguaglianza e delle pari opportunità, nel quale i diritti sociali assurgevano a veri e propri diritti fondamentali

<sup>38</sup> La nozione ha radici nella cameralistica e negli studi ottocenteschi di economisti eurocontinentali che, contrapponendosi alla scuola liberista inglese, avevano sostenuto la necessità di sistemi organici di imprese promossi dallo Stato: al suo vasto ambito si riconducono le imprese pubbliche, le imprese cooperative e le imprese di associazioni di lavoratori e utenti. In particolare, si legga M. S.GIANNINI in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 97 in cui l'autore non riconosce validità giuridica né alla nozione generale né a quella più particolare di impresa pubblica e parla di "connotazione puramente morfologica delle imprese del settore pubblico

<sup>39</sup> Al più si realizzerebbe un modello economico in cui sono favorite riserve di imprese e di appropriazione pubbliche di singole imprese nelle forme di nazionalizzazione, statizzazione o socializzazione, quando queste forme risultava essere l'unico ragionevole modo per realizzare l'interesse generale. Sul punto A. LUCARELLI, *Art 43*, cit. p 6.

dal Comune a salire. Si tratterebbe di una privazione non formale bensì sostanziale dell'esercizio di una funzione amministrativa da parte dell'ente locale.

Quest'ultimo, infatti, rimarrebbe formalmente titolare dell'esercizio del potere di scelta di come gestire un pubblico servizio, ma di fatto l'unica scelta possibile risulta quella di porre in essere una procedura competitiva in ossequio alla regolare concorrenziale.

Ci si trova di fronte ad un corto circuito palese tra più norme costituzionali: attribuendo una prevalenza assoluta alla concorrenza su tutte le altre norme.

La concorrenza, che pur trova espresso rilievo costituzionale, deve comunque essere bilanciata, di volta in volta, con tutte le altre norme costituzionali. Una norma, quale quella in oggetto, che impone una prevalenza assoluta della regola della concorrenza è quindi di dubbia legittimità costituzionale.

Che tale norma sia quasi totalizzante rispetto alla possibilità di scelta degli enti locali su come gestire un servizio, emerge con ancora maggior evidenza dalla previsione di una motivazione rafforzata per gestire in via diretta il servizio.

In particolare, secondo la norma in commento, è necessaria una **motivazione anticipata e qualificata**<sup>40</sup> attraverso la quale l'amministrazione è tenuta a chiarire con una particolare precisione le ragioni di tali scelte non solo dal punto di vista amministrativo, ma anche dal punto di vista economico-gestionale.

L'amministrazione dovrà quindi esplicitare le ragioni del "vantaggio" di una gestione pubblica del servizio dal punto di vista dei costi di gestione e dei risultati perseguibili.

Una motivazione particolarmente rafforzata e gravosa per l'amministrazione procedente, che rischia di essere un deterrente verso la scelta del modello dell'autoproduzione. Il risultato finale che rischia di essere raggiunto è quello per cui l'amministrazione, per non essere stretta nelle maglie di una motivazione così stringente, decida di abbandonare *a priori* la strada della gestione pubblica e scegliere la via delle procedure selettive.

Anche perché dal punto di vista giurisdizionale, una motivazione rafforzata, dettagliata e precisa è oggetto di un sindacato più stringente del giudice amministrativo.

Non si tratterebbe più di un sindacato soltanto di legittimità, ovvero un giudizio sull'esistenza o meno del requisito della motivazione, ma addirittura si rischierebbe di sfociare in un sindacato di merito ovvero sul perché l'amministrazione ha operato tale scelta.

Ciò che risulta essere evidente è quindi una normativa che limita al massimo la discrezionalità dell'ente locale, in particolare su come agire nel perseguimento dell'interesse pubblico.

---

<sup>40</sup> Sul punto T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 02/10/2020, n.680 sostiene che "nel caso in cui si opti per l'affidamento diretto in house, un onere motivazionale rafforzato e più incisivo circa la praticabilità delle scelte alternative, da compiersi mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso, sulla base di dati comparabili".

E questo, come si è già evidenziato, si pone in contrasto sia con l'art. 118, comma 1 Cost., che con l'art. 5 Cost; ma in senso più generale con il ruolo dei poteri pubblici nell'economia. Si evidenzia, altresì, una violazione della Carta delle autonomie locali del Consiglio d'Europa. Infatti, in virtù degli artt. 2 e 3 di tale Carta, si inciderebbe sul principio della cd. autonomia locale che consente all'ente di "amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici"<sup>41</sup>.

Come detto, invece, la normativa in commento impatterebbe su tale principio riducendo il raggio d'azione degli enti locali nelle scelte delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

Il potere amministrativo relativo alle modalità di gestione di un determinato servizio non esisterebbe più. L'unica via perseguibile, in via generale, salvo deroga, sarebbe quella della gara pubblica.

Ma come è ben noto, il diritto europeo non impone in maniera assoluta la regola della concorrenza. Nel riconoscerla come principio fondamentale euro-unitario, la stessa Corte di Giustizia ha precisato che il principio di concorrenza è un principio non assoluto, ma derogabile di fronte ad esigenze precise, come la tutela dei diritti<sup>42</sup>. Inoltre, la compressione, se non addirittura la negazione della discrezionalità dell'ente locale nella scelta di come affidare un servizio, si pone in contrasto con la prospettiva europea della sussidiarietà verticale<sup>43</sup>.

Una norma, che soltanto *astrattamente* consente una alternativa alla regola della concorrenza, non può essere considerata compatibile con il diritto europeo, in quanto il rischio di un *vulnus* di tutela dei diritti rischia di essere concreto. In osservanza del principio di libera amministrazione, la Corte ha affermato che sebbene la concorrenza fosse la **regola** da seguire, in alcuni casi fosse possibile evitare il ricorso all'apertura al mercato e gestire in autonomia un servizio<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> L. 30 dicembre 1989, n. 439. Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, art 3: "Per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici".

<sup>42</sup> sul punto A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, pp. 155 ss, in cui si evidenzia che dagli artt. 14 e 106 comma 2 TFUE, emerge come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha valore assoluto, ma è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

<sup>43</sup> In tal senso A. LUCARELLI-L. LONGHI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali*, in (a cura di) F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, R. CANTONE, *Le Società Pubbliche, Fenomenologia di una fattispecie* Napoli, 2020, p 70, sostengono che "nel caso in cui non si desse risalto alla procedura in deroga contemplata dal diritto dell'Unione europea per i servizi di interesse economico generale, l'art. 106, co. 2 TFUE sarebbe privo di significato ed effettività, in evidente contrasto, peraltro, con la giurisprudenza amministrativa (Cons. St. n. 7080 del 23 settembre 2010) che ha ribadito l'incomprimibile autonomia degli enti locali di non ricorrere al mercato, in ossequio al principio costituzionale di cui agli artt. 5 e 117 Cost. Un chiaro collegamento tra il potere insopprimibile dell'ente locale di scegliere il proprio modello pubblico, e l'autonomia di regioni e comuni. Del resto, i principi costituzionali di cui agli artt. 5, 114, 117, co. 6, 118, 119, ovvero quei principi costituzionali che sanciscono in merito all'organizzazione e al funzionamento degli enti locali un elevato livello di autonomia, sono implicitamente richiamati dal protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona, che ha ad oggetto i servizi di interesse generale, ma anche dall'art. 5 TUE, che fissa il principio di auto-organizzazione dell'ente locale.

<sup>44</sup> In tal senso si ricordi che l'art. 106, par. 2 TFUE riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politicosociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza di cui all'art. 106, par. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e

Per cui una legislazione che vede la concorrenza ed il mercato *tiranneggiare* su tutto, rischia di creare un corto circuito non solo al livello della legislazione interna e con i principi costituzionali, ma anche con i principi costituzionali europei, elaborati per il pieno rispetto “sostanziale” dei diritti dei cittadini.

A conferma che la scelta dell'autoproduzione è un'ipotesi residuale è la previsione della lettera g), che afferma che: previsione dell'obbligo dell'ente locale, nei casi di cui alla lettera f), di trasmettere tempestivamente la **decisione motivata** di utilizzare il modello dell'autoproduzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche razionalizzando la disciplina vigente sugli oneri di trasparenza in relazione agli affidamenti *in house*.

L'ente locale o l'amministrazione pubblica che intende gestire in via diretta un servizio ha l'obbligo di comunicare tale scelta e la relativa motivazione rafforzata all'Agcm<sup>45</sup>.

Si tratta dunque di una comunicazione: in sostanza il procedimento dovrebbe concludersi con una presa d'atto dell'Agcm; salvo che non intenda aprire un contenzioso, ma in questo caso il legislatore non sembra aver indicato una procedura specifica.

E' chiaro che l'invio all'autorità garante per la concorrenza e per il mercato rispetta l'impostazione di fondo di tutta la normativa, che vede la concorrenza come regola tiranna<sup>46</sup>. La norma sembra essere ispirata all'art 192 del Codice dei Contratti pubblici, sulla libera scelta dell'amministrazioni pubbliche di procedere agli affidamenti *in house*<sup>47</sup>. Ma quali sono le possibili implicazioni di tale norme?

L'Agcm avrà il compito di valutare se tali provvedimenti incidano in maniera negativa sulla concorrenza. Si tratterà di un potere formale, di mero controllo delle scelte amministrative, attraverso la motivazione del provvedimento, oppure di un potere più penetrante, in grado di incidere sulla scelta dell'ente ed eventualmente obbligarla ad una scelta diversa, imponendo l'utilizzo di una procedura competitiva?

In tal proposito è utile comprendere il ruolo dell'Agcm e i rapporti con le amministrazioni pubbliche<sup>48</sup>. Ci si deve interrogare su quali tipo di potere è riservato all'Agcm in tale contesto. Si tratterebbe in sostanza di un potere di indirizzo e controllo o di un potere sanzionatorio?

---

con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea. *Ibidem*

<sup>45</sup> In argomento S. FOÀ, S. CARLUCCI, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6, 2020.

<sup>46</sup> Sul tema come si è già visto A. Lucarelli,

<sup>47</sup> G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli, 2018, pp. 143 ss, il quale analizzando il principio di libera amministrazione sancito dall'art 2 della direttiva 2014/23/UE, evidenzia come le amministrazioni sono libere “di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

<sup>48</sup> Sul tema cfr M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*,1993; Id, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*,

Nel silenzio del legislatore si può ipotizzare che nel momento in cui l'ente locale decida di intraprendere la strada dell'autoproduzione invii una comunicazione formale all'Autorità. Quest'ultima esercita sicuramente un potere di controllo ed analizza nel merito il provvedimento valutando la possibile incidenza dello stesso sulla concorrenza. Dopo una prima fase, che si dovrebbe sostanziare nel controllo sul merito dell'attività dell'ente, l'Autorità ha due possibili alternative: 1) ritenere il provvedimento analiticamente motivato e condividere la scelta dell'ente di non aprirsi al mercato, legittimando la scelta dell'autoproduzione; 2) ritenere il provvedimento seppur motivato lesivo del mercato e quindi in contrasto con la regola concorrenziale.

In questa seconda ipotesi, alla fase di controllo potrebbe seguire una fase di contraddittorio in cui l'ente è chiamato nuovamente a presentare osservazione e/o documenti a sostegno della propria scelta. A quel punto potrebbero essere superati i dubbi sulla lesività del provvedimento, convincendosi sulla legittimità della gestione diretta.

Altro scenario possibile è quello per cui all'esito della fase in contraddittorio non si avvenga a nessun risultato. Potrebbe accadere, dunque, che l'amministrazione dia esecuzione al provvedimento avente ad oggetto la gestione diretta di un servizio pubblico.

Infatti, non potrebbe essere in alcun modo concepibile un poter di veto dell'Agcm sul provvedimento dell'ente locale in quanto si tratterebbe di un'incredibile invasione di campo nella discrezionalità dell'ente locale competente, nonché di difetto di attribuzione, in assenza di una norma di legge che attribuisce un potere di intervento in tal senso dell'Autorità.

E' quindi da escludere un potere di autotutela *latu sensu* sanzionatorio sussistente in capo all'Agcm che obbliga l'amministrazione ad annullare il provvedimento e a rideterminarsi in conformità ai dettami dell'Autorità.

Il riferimento andrebbe al *vecchio* art. 211 del Codice dei Contratti pubblici che legittimava l'Anac in tema di appalti pubblici ad imporre l'esercizio di autotutela di tipo obbligatoria all'amministrazione, nel caso in cui veniva posto in essere un provvedimento considerato lesivo della normativa sugli appalti pubblici.

La previsione dell'art 6 a questo punto sembrerebbe concepire l'Autorità come il vero antagonista delle amministrazioni pubbliche. All'Agcm non viene più riconosciuto soltanto il compito di regolazione del settore, ma sembra divenire un vero organo di controllo sull'azione amministrativa.

---

Il Mulino, 2000; R. CHIEPPA, *Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, Milano, 2006. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e Servizio pubblico*, Roma, 2010.

Tale potere di controllo, non potendo incidere materialmente sull'amministrazione, impedendo l'adozione o la rettifica del provvedimento, si sostanzia nel potere di impugnare dinnanzi al giudice amministrativo il provvedimento considerato lesivo della concorrenza

In tal senso si veda l'art. 21 bis della legge 287/90<sup>49</sup> che prevede all'esito del potere di controllo riconosciuto all'Autorità, la possibilità di emanare un parere in cui viene valutato il provvedimento dell'amministrazione sulla scelta di autoproduzione, ed eventualmente invitarla a modificare sulla scorta delle censure individuate nel parere<sup>50</sup>.

In caso di mancato rispetto di tale parere, la stessa Autorità è legittimata ad impugnare il provvedimento in questione dinnanzi al giudice amministrativo.

D'altronde se consideriamo il periodo storico in cui è stato aggiunto tale articolo nella legge istitutiva dell'Autorità possiamo rinvenire la ratio comune alle scelte di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici. Infatti, esso è stato introdotto con l'art 35 del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", testo di legge oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, nonché di censure da parte della Corte Costituzionale, proprio nella parte in cui sembrava imporre la gestione esclusivamente concorrenziale dei servizi pubblici.

Si tratta di una norma che pone seri dubbi di legittimità; infatti una cosa è attribuire all'Antitrust un potere di controllo del mercato su soggetti privati, altro è esercitarlo su enti esponenziali dei diritti dei cittadini.

Il sostanziale disfavore verso la scelta di un regime pubblico di gestione del servizio è ancora di più accentuato dalla lettera h) previsione di sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento

---

<sup>49</sup> **Art. 21-bis.** *Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza* [Inserito dall'articolo 35 del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"]1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>50</sup> Sui contributi in tema dell'art. 21 bis cfr. M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/90*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12, 2012; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 12, 2012; F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Autorità antitrust italiana, contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea"*, Treviso, 17-18 maggio 2012; M. LIBERTINI, *I nuovi poteri dell'Autorità Antitrust (art. 35, D.L. 201/2011)*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24, 2011; M. DI BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2012.

degli equilibri di finanza pubblica e della tutela della concorrenza, nell'ipotesi di ricorso da parte dell'ente locale al modello dell'autoproduzione.

Il disfavore emerge da due ragioni sostanziali: 1) un penetrante controllo degli organi preposti (Corte dei Conti) in merito proprio al mantenimento della finanza pubblica; 2) il controllo sulla tutela della concorrenza.

Sul primo aspetto è da evidenziare che si tratta di un controllo di tipo ordinario, alla luce delle previsioni in tema di controllo della finanza pubblica e dello spreco di risorse. Quello che però rende particolarmente evidente l'eccezionalità di un regime pubblicistico di gestione è la previsione di meccanismi *ad hoc* di controllo sull'attività "pubblica".

Sia chiaro non è strana la specificazione di meccanismi di controllo al fine di evitare lo spreco delle risorse pubbliche e pretendere una gestione efficace ed economica del denaro pubblico.

Ma ciò che colpisce è la previsione di un sistema estremamente limitativo soltanto per il modello dell'autoproduzione: si attua una sorta di ingiustificata discriminazione, di trattamento differenziato, in ambiti nei quali la concorrenza, trattandosi di monopoli naturali, ha rilievo marginale e peculiare<sup>51</sup>.

Va ricordato che nella fattispecie in oggetto, stiamo parlando di servizi pubblici essenziali che costituiscono l'essenza fondativa del Comune, in stretto collegamento con gli artt. 5 e 114 Cost. Si è in presenza di servizi strettamente connessi ai doveri inderogabili dei cittadini, in particolare al loro dovere di concorrere alla spesa pubblica ed a contribuire alla realizzazione delle infrastrutture necessarie all'espletamento di tali servizi. Penso ovviamente alle opere realizzate sulla base della fiscalità pubblica.

Al punto che verrebbe da chiedersi una volta che i Comuni dismettano la gestione di tali servizi, quale sarà il loro ruolo? E questo nuovo ruolo si porrà nell'ambito del perimetro costituzionale?

Passando dal piano della riflessione propriamente costituzionale a quella procedurale, ciò che fa riflettere è che tale sistema articolato di controlli non viene predisposto anche quando il servizio è affidato tramite una selezione. E' evidente che si realizza un *favor* ingiustificato per il mercato, con la configurazione di modelli di controllo differenti. E qui vale la pena ricordare che i principi di cui all'art. 97 Cost di buon andamento ed imparzialità si applicano anche a soggetti privati titolari della gestione di servizi pubblici essenziali.

Sembra quasi che per il sol fatto che sia rispettato il principio (*rectius regula*) concorrenziale l'amministrazione venga deresponsabilizzata in relazione a quel servizio, in violazione dell'art. 97 Cost.

La previsione di un controllo non formale, ma sostanziale, responsabilizzerebbe l'operatore economico e allo stesso tempo garantirebbe il corretto svolgimento del servizio.

---

<sup>51</sup> In tema A. LUCARELLI E L. LONGHI, *Sul governo dei servizi pubblici locali nella prospettiva delle città metropolitane*, in *Gazzetta Forense*, 3, 2014



L'articolata analisi svolta intorno all'art. 6 del disegno di legge sulla concorrenza posso trarsi alcune considerazioni conclusioni.

Il legislatore è tendenzialmente ispirato a porre in essere una normativa di settore che privilegia in maniera assoluta le regole concorrenziali, anche nei settori di particolare interesse generale come i servizi pubblici essenziali.

Dall'ideologia, alla base della norma, si evince che soltanto dal mercato si riesca a raggiungere la massimizzazione del rapporto costo-benefici che ispira la riforma dei servizi pubblici locali.

Il potere pubblico è sostanzialmente marginalizzato, in quanto nella sostanza limitato a porre in essere le procedure di evidenza pubblica.

Nel caso l'Ente locale volesse, invece, scegliere di "autoprodurre" un servizio, la sua discrezionalità è fortemente compromessa dall'esistenza di limiti stringenti. Il che è davvero paradossale, compromettendo i principi fondamentali della nostra Costituzione come solidarietà, uguaglianza, autonomia, sussidiarietà. Una normativa esclusivamente legata alle logiche concorrenziali è dunque da considerare non compatibile con la Costituzione, oltre che come evidenziato con l'ordinamento euro-unitario.

Vi è infine da aggiungere che nel progetto di riforma dei servizi pubblici locali, una normativa di tale tenore formale e sostanziale, si scontra con precedenti determinazioni popolari espresse in sede referendaria, tale da rendere *lettera morta* lo stesso vincolo referendario, ed in senso più ampio la democrazia diretta e partecipativa, in balia dell'onnipotenza del legislatore.

Napoli 25 febbraio 2022

Prof. Alberto Lucarelli