

BIAGIO G. DI MAURO

Dottore di Ricerca in Scienze economiche, aziendali e giuridiche presso l'Università "Kore" di
Enna
biagiogianluca.dimauro@unikorestudent.it

**LA PROSPETTIVA EUROPEA DEL GOVERNO LOCALE DEI
SERVIZI PUBBLICI TRA VALORIZZAZIONE DELLA
COESIONE SOCIALE E TERRITORIALE E
DEQUOTAZIONE DELLA CONCORRENZA**

**THE EUROPEAN PERSPECTIVE OF THE LOCAL GOVERNANCE
OF PUBLIC SERVICES BETWEEN THE ENHANCEMENT OF
SOCIAL AND TERRITORIAL COHESION AND THE DEVALUATION
OF FREE COMPETITION MARKET**

SINTESI

La ricerca muove dai valori che stanno realmente a fondamento della disciplina europea dei servizi pubblici per tracciare una linea di analisi che tenga conto del ruolo dell'autonomia locale nel governo del settore e dell'incidenza che tale normativa dispiega da una prospettiva strettamente amministrativa. Dopo aver chiarito la preminenza del valore della coesione sociale e territoriale sulla concorrenza, sarà possibile svolgere alcune considerazioni generali utili non soltanto a valutare l'attuale importanza dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici, ma anche a misurarne il perimetro e la reale consistenza all'interno del frastagliato panorama delle norme di diritto europeo, tanto con riferimento alla fase di assunzione (o istituzione), quanto con riguardo a quella di determinazione delle modalità gestionali. In quest'ordine di idee, il riconoscimento europeo del valore delle autonomie locali nel governo dei servizi pubblici rappresenta uno strumento indispensabile per il conseguimento dell'effettività dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

The research moves from the values really underpinning the European regulation of public services to outline a framework that takes into account the role

of local autonomy in the governance of this sector and the impact of this regulation from a narrow administrative perspective. After clarifying the preeminence of the social and territorial coherence over free competition market, the essay focuses on the assessment of the current relevance of local powers in the governance of public services as well as on its real perimeter and consistency within the piecemeal landscape of European law in accordance with the phases of establishment and management methods of public services. In this context, the recognition of the value of the local autonomies in the governance of public services represents an essential tool to achieve the effectiveness of fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Autonomia locale, servizi pubblici, coesione sociale e territoriale, concorrenza, diritto europeo

KEYWORDS: Local autonomy, public services, social and territorial cohesion, free competition, european law

INDICE: 1. Il rilievo del diritto europeo nei rapporti tra autonomia locale e governo dei servizi pubblici. Una premessa. - 2. I valori europei: quale equilibrio tra coesione sociale e territoriale e libero mercato? - 3. Il principio di autonomia locale nel diritto europeo dei servizi pubblici: uno strumento per la concretizzazione delle esigenze di effettività dei diritti e di coesione sociale e territoriale. - 4. I limiti all'esercizio dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici: la fase di assunzione. - 4.1. (segue) La fase di determinazione delle modalità gestionali dei servizi pubblici.

1. Il rilievo del diritto europeo nei rapporti tra autonomia locale e governo dei servizi pubblici. Una premessa

L'appartenenza ad un sistema multilivello delle fonti impone di verificare l'attuale condizione dell'autonomia locale nel governo dei servizi pubblici anzitutto dalla prospettiva della disciplina europea e solo in un secondo momento da quella del diritto interno.

Le prescrizioni europee hanno ormai assunto una forza tale da ritenersi prevalenti sulle norme interne e direttamente efficaci anche in assenza di un atto di recepimento¹, sicché il compito di ricostruire la reale sostanza dei poteri decisionali locali nella regolazione europea dei servizi pubblici dipende dal superamento di taluni fattori di resistenza che sorgono nel momento in cui si esa-

¹ L.SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 249.

mina la normativa ove pone diverse configurazioni degli interessi pubblici e dei loro rapporti con quelli privati.

L'analisi della disciplina europea, peraltro, si rende ancora più pregnante se si prende in considerazione il fatto che essa introduce un regime differenziato rispetto alla disciplina nazionale, ponendo a tal uopo distinte prospettive di bilanciamento degli interessi pubblici in gioco.

Del resto, se la dottrina è ben lontana dal trovare una sistematizzazione concorde sul versante del governo locale dei servizi pubblici, ciò è dovuto certamente anche alle complicazioni che ha introdotto il processo di comunitarizzazione del diritto amministrativo, specialmente con riferimento all'immissione nel settore di nuovi e/o distinti interessi da bilanciare con quelli già esistenti². Il riferimento, in tal caso, non può che essere, anzitutto, alle potenzialità del principio europeo di libera concorrenza, che impone agli Stati membri il compito di assicurare la creazione ed il mantenimento di uno spazio libero di mercato, caratterizzato dalla libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi e dalla sua propedeuticità al benessere economico comune.

Se così è, pare inevitabile muovere dai valori che stanno realmente a fondamento della disciplina europea dei servizi pubblici per tracciare una linea di analisi che tenga conto del ruolo dell'autonomia locale nel governo del settore e dell'incidenza che tale normativa dispiega da una prospettiva strettamente amministrativa.

All'esito di tale indagine, sarà possibile svolgere alcune considerazioni generali che consentiranno di perimetrare la reale consistenza dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici all'interno del frastagliato panorama delle norme di diritto europeo, nonché di valutare le relative implicazioni derivanti dal confronto con la recente normativa nazionale.

² G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali. Contributo allo studio del potere decisionale degli enti pubblici locali nella gestione dei servizi pubblici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 165, che richiama E.SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2000, p. 2 ss.

2. I valori europei: quale equilibrio tra coesione sociale e territoriale e libero mercato?

Nel condurre l'interpretazione delle disposizioni europee verso l'obiettivo del corretto inquadramento degli oggetti giuridici tutelati, è necessario tenere conto della costante evoluzione della materia dei servizi pubblici, atteso che il naturale collegamento tra detto settore e l'effettività dei diritti dei consociati pone la questione circa la reale portata vincolante del principio di libera concorrenza, che per lungo tempo ha rivestito un ruolo di preminente rilievo nell'ambito del settore di riferimento.

La dottrina che ha saputo intercettare il percorso evolutivo che ha riguardato gli interessi sottesi al settore dei servizi pubblici, non ha mancato di segnalare come il valore della concorrenza debba essere affiancato da quello della coesione sociale e territoriale, senza che tra essi possa instaurarsi un rapporto di conflitto o di reciproca esclusione.

Se da un lato Saltari rileva che «mentre nella fase iniziale della Comunità prevalevano gli interessi del mercato e della concorrenza, oggi assumono particolare rilievo anche gli interessi sociali e della coesione»³, dall'altro Taglianetti, richiamando Scotti, mette in luce come «all'entusiasmo iniziale verso la tutela delle libertà di mercato si è affiancato un atteggiamento critico, espressivo di un ripensamento teso a superare l'assolutizzarsi dei valori della concorrenza, specie come strumento di perseguimento degli interessi pubblici, cioè di quegli interessi che l'ordinamento, nel suo ruolo di selettore politico, ritenga di necessaria attuazione»⁴.

Nella prospettiva delineata, la rilettura delle norme europee che disciplinano la materia dei servizi pubblici, con particolare riguardo ai poteri di discrezionalità che spettano all'autorità nazionale, passa dal diverso ruolo che deve ri-

3 E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 175.

4 In questo senso anche L.G.RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. un. eu.*, 1998, p. 527.

conoscersi al principio di concorrenza in considerazione della significativa emersione del valore della coesione sociale e territoriale.

Così, il rapporto tra i valori in questione deve essere più correttamente ricostruito nel senso che gli interessi del mercato e della concorrenza non sono prevalenti, ma anzi strumentali al perseguimento e all'attuazione della coesione sociale-territoriale⁵. Si osserva, dunque, come il principio di libera concorrenza non sia più (ormai) l'unico valore che viene propugnato dalla disciplina europea dei servizi pubblici, nè che sia un valore da perseguire ed assicurare con assoluta preminenza rispetto ad altri, poiché la presenza della coesione sociale e territoriale arricchisce e amplia il substrato valoriale di cui l'autorità nazionale deve tenere conto nell'esercizio delle funzioni amministrative. Non resta, dunque, che verificare in che misura e secondo quali modalità la normativa sovranazionale conduce alla formulazione di simili argomentazioni.

Nell'ambito del diritto europeo primario e derivato, vi sono molteplici prescrizioni dettate in materia di servizi pubblici che trattano e promuovono contestualmente gli interessi legati al mercato e alla concorrenza e quelli riguardanti la coesione sociale e territoriale.

Con riferimento al diritto europeo primario, rileva anzitutto l'art 14 TFUE, che nell'affidare all'Unione Europea e agli Stati membri - secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei Trattati - il compito di garantire la rispondenza dei SIEG a determinati principi e criteri fissati dalla legislazione europea ai fini del loro corretto funzionamento, stabilisce che essi costituiscono un valore comune dell'Unione e che assolvono un ruolo cruciale nel perseguimento e nel raggiungimento degli obiettivi della coesione sociale e territoriale.

Con tale previsione, il legislatore europeo ha messo in evidenza, da un lato, l'esigenza che i SIEG siano preordinati al rispetto di principi e condizioni

⁵ D.GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 714 ss., che ponendo in relazione l'art 36 della Carta di Nizza con l'art 14 del Trattato di Lisbona, automaticamente funzionalizza i SIEG agli obiettivi di coesione sociale e territoriale.

che si riferiscono particolarmente ai profili economici e finanziari delle regole del Trattato in materia di libera concorrenza, dall'altro, che l'applicazione delle medesime regole non può comunque condurre all'abbassamento della qualità e della disponibilità dei servizi pubblici⁶. La prescrizione è infatti rilevante sotto due profili: il primo è dato dal fatto che la norma mette in luce la compresenza di ambedue gli interessi nell'ambito del settore dei servizi pubblici, posto che per molti anni il settore è stato caratterizzato dall'esclusivo rilievo del principio di libera concorrenza; il secondo - che fa riferimento all'ipotesi in cui gli interessi in questione vengano in contrasto nel corso dell'organizzazione e dell'erogazione del servizio pubblico - è rappresentato dal fatto che la prescrizione pone la regola implicita secondo cui il valore della concorrenza non possa essere perseguito fino al punto di sacrificare la funzione di coesione sociale e territoriale a cui i servizi medesimi sono preordinati.

Un'altra previsione rilevante, che peraltro si pone in linea di continuità con l'art 14 TFUE⁷, è l'art 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che recita «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati». Tale norma, nel prevedere il diritto di accesso ai servizi come mezzo propedeutico alla promozione della coesione sociale e territoriale, procede alla creazione di uno stretto legame di connessione tra servizi e diritti fondamentali, sul presupposto che all'effettività dei servizi corrisponda l'effettività dei diritti. Il legislatore europeo, infatti, configura l'accesso come requisito strutturale essenziale della coesione sociale e territoriale, nella convinzione che tale obiettivo di politica comunitaria sia raggiungibile solo laddove venga garantito l'accesso universale ai servizi. Se ricostruito come strumento funzionale alla coesione sociale e territoriale, l'accesso «mira ad assicurare una copertura territoriale

6 Così, D.GALLO, op. cit., p. 744 ss.

7 I.M.MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, p. 25 ss. e ID., *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi a diritto amministrativo*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2007, p. 67 ss.

completa affinché soggetti svantaggiati, (anche) sotto il profilo dell'ubicazione geografica, possano godere delle strutture e degli stessi servizi di coloro che si trovino in una posizione privilegiata», contribuendo «a ridurre le disuguaglianze sociali, sia a livello di regioni periferiche dell'Unione, sia a livello di categorie più marginalizzate di cittadini»⁸.

In consonanza con l'art 14 TFUE, si pone anche il protocollo n. 26 allegato al TFUE, che nell'ottica di fornirne un'interpretazione, procede ad enunciare una serie di valori comuni dell'Unione, tra cui la coesione sociale e territoriale, ove afferma la garanzia da parte dei servizi di «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Nella stessa direzione si muove anche il diritto derivato e, specificamente, l'art 2 della direttiva 2014/23 (cd. direttiva concessioni), laddove prescrive alle autorità pubbliche incaricate dell'organizzazione e della gestione dei servizi - sia pure nello spazio di libertà ad esse assegnato - di erogarli nel rispetto dei valori enunciati dall'art 1 del protocollo n. 26, tra cui la coesione sociale e territoriale.

Ne consegue, operando una interpretazione sistematica delle previsioni, che ad una efficace erogazione dei servizi pubblici corrisponde non soltanto l'attuazione degli interessi legati al mercato e alla concorrenza, che propugnano la creazione ed il mantenimento di un contesto imprenditoriale competitivo, ma anche e soprattutto un efficace soddisfacimento dei diritti sociali⁹, che ca-

8 Per un approfondimento del filone dottrinale in questione, si cfr. J. ALBER, *The European Social Model and the United States. European Union Politics*, in *European Union Politics*, 2006, p. 393 ss; E. SABATAKAKIS, *A propos du Traité de Lisbonne et de l'Europe Sociale*, in *RMCUE*, 2008, p. 432 ss; A. LUCARELLI, *Il Modello sociale ed economico europeo*, in ID., A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2010, p. 279 ss.

9 Per un approfondimento degli studi sul bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali si cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 63 ss; M. D'ALBERTI, *Servizi pubblici e mercato: dal primo novecento al diritto globale del commercio*, in A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa 2004, p. 53 ss; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3296 ss;

ratterizzano l'essenza della cittadinanza europea e degli obiettivi di coesione sociale e territoriale.

Si osserva, dunque, l'emersione di un nuovo quadro di valori sociali che va al di là del puro e semplice interesse sostanziale alla promozione del libero mercato e della concorrenza, in quanto l'effettività dei servizi pubblici deve necessariamente riposare nella garanzia dell'assolvimento dei bisogni sociali, che a sua volta è insita nel valore della coesione sociale e territoriale. Per riprendere le pregevoli considerazioni di Marino, garantire l'effettività dei servizi «vuol significare andare oltre la previsione formale dei diritti e delle utilità che lo Stato si impegna a riconoscere e a rendere alla propria collettività; vuol dire rendere servizi qualitativamente accettabili e accessibili per la gran parte della collettività, rimanendo meno rilevante la modalità con cui il servizio viene gestito»¹⁰.

È questa la ragione fondativa da cui prende le mosse quel filone dottrinale che pone l'accento sulla necessità di dare linfa ad un nuovo modello sociale europeo¹¹ che anziché asservire in via esclusiva il servizio pubblico alle esigenze

S. GAMBINO, *Diritti sociali tra Costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2012; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 603 ss; ID., *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, p. 133 ss.

10 D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 229, mette in evidenza come tale funzionalizzazione dei servizi di interesse economico generale al perseguimento del valore della coesione sociale e territoriale costituisca una derivazione del *service public à la française*, che si contraddistingue per una gestione fondata su qualità, efficienza e efficacia, nonché per l'adeguatezza, l'accessibilità e la continuità delle prestazioni.

Per un approfondimento del *service public*, si vedano C. MARTINAND, *Le service public en France et en Europe. Un double effort de reconstruction indispensable*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1994, p. 80 ss. e J. FOURNIER, *La teoria francese del servizio pubblico e il diritto comunitario*, in E. FERRARI (a cura di), *La disciplina dei servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, p. 3 ss.

11 Tale disposizione prevede, al primo comma, che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi», mentre al secondo comma, che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La bibliografia sull'art 106 TFUE è sterminata, anche perché il contenuto è rimasto fermo nonostante il cambio di numerazione e di collocazione. Senza pretesa di esaustività, si cfr. R. DRAGO, *La nozione di servizio di interesse economico generale secondo l'art. 90 del Trattato istitutivo del*

della concorrenza e del libero mercato, lo funzionalizza all'esercizio dei diritti fondamentali e, quindi, ai diritti di cittadinanza europea.

Se non ci si inganna, allora, è possibile affermare che il diritto europeo ponga nell'ambito del settore dei servizi pubblici un rosa di valori destinata necessariamente a convivere in una difficile opera di bilanciamento, che vede da un lato, le libertà economiche rappresentate dagli interessi della concorrenza e del mercato, dall'altro i diritti sociali di cui è espressione la coesione sociale e territoriale¹².

Di talchè, l'obiettivo legato al raggiungimento dell'effettività dei servizi dipende - indubbiamente - dalla misura della funzionalizzazione del servizio al valore della coesione sociale e territoriale¹³, divenendo meramente collaterale o comunque secondario il valore della concorrenza e del mercato.

Nelle ipotesi in cui la convivenza tra i valori non conduce a particolari problemi, si può pervenire all'obiettivo dell'effettività del servizio pubblico attraverso il perseguimento di ambedue gli interessi, ma nell'ipotesi in cui il valore della concorrenza si pone in una posizione di incompatibilità rispetto a quello della coesione sociale e territoriale, ecco che il primo deve divenire recessivo rispetto al secondo.

mercato economico europeo, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 126 ss; R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al 2 co. dell'art. 90 del Trattato istitutivo del mercato comune europeo*, in *Riv. dir. ind.*, 1963, p. 81 ss.; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 379 ss; G. TESAURO, *Intervento pubblico sull'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. un. en.*, 1996, p. 719 ss.; A. GARDELLA, *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e delle Comunità europee*, Milano, 2004, p. 577 ss.; G. FONDERICO, C. OSTI, *Articolo 86*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, p. 2507 ss.; F.M. DI MAJO, *Articolo 86 [ex 90]*, in L. FERRARI BRAVO, A. RIZZO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 373 ss.; A. ZOPPINI, G. ANGELONI, *Misure di Stato (art. 106 TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, Milano, 2010, p. 178 ss.; D.GALLO *L'art. 106, co. 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 118 ss.

¹² Di tale avviso anche D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 760.

¹³ Tale nuovo indirizzo si deve principalmente a M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 96.

La conferma più radicale del ragionamento in corso si ritrova nell'art 106 TFUE¹⁴, che riflette emblematicamente il tentativo europeo di operare il difficile bilanciamento tra interessi, economici e sociali, potenzialmente contrastanti. Con tale previsione, il cui contenuto è rimasto immutato nel tempo nonostante i cambi di numerazione, l'Unione Europea assume una posizione peculiare: per un verso, deve garantire l'effettività dei servizi e dei diritti degli utenti, per un altro, deve creare e mantenere le condizioni per uno spazio comune di libero mercato basato sulla tutela della concorrenzialità. Infatti, se nel primo comma la norma tende a tutelare e promuovere la concorrenza ed il mercato al fine di garantire condizioni di parità tra gli operatori commerciali nell'accesso al settore e nell'erogazione dei servizi, nel secondo comma, invece, tende a valorizzare il principio di libertà di autodeterminazione degli Stati membri e delle autorità nazionali nell'amministrazione e nella regolazione del settore dei servizi pubblici, sul presupposto che il potere ad essi attribuito sia funzionale alla tutela del valore della coesione sociale e territoriale, quale elemento indispensabile per l'effettività dei servizi e dei diritti¹⁵.

Va da sé, che una simile concezione del potere discrezionale delle autorità nazionali nel governo dei servizi pubblici non costituisce una novità nel panorama europeo, ma naturale sviluppo (o comunque concretizzazione) di uno dei valori comuni contenuto nel protocollo n. 26 allegato al TFUE, nella parte in cui, attuando l'art 14 TFUE, enfatizza l'essenzialità del ruolo e l'ampiezza del potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti.

Il legislatore europeo, dunque, si mostra pienamente consapevole della necessità di riconoscere un maggiore potere di intervento agli Stati sia nell'individuazione della nozione di servizio di interesse economico generale, sia nella

14 F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017., p. 122.

15 In questo senso anche G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 175.

sua regolamentazione, sul presupposto che il riconoscimento del potere discrezionale sia funzionale al perseguimento di taluni principi e valori di matrice europea, tra cui principalmente la coesione sociale e territoriale¹⁶.

Alla luce della verifica condotta sulla regolazione europea, può affermarsi come non sia più vigente la visione eminentemente pro-concorrenziale che sottopone l'intero settore dei servizi pubblici all'assoluto rispetto delle regole del libero mercato¹⁷, poiché si è affermata una nuova concezione secondo cui il principale obiettivo dei SIEG è quello di assicurare determinati *standard* di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento ed universalità anche laddove ciò si ponga in contraddizione con l'osservanza del principio competitivo¹⁸.

Sicché, laddove si concretizzi una ipotesi di incompatibilità tra i valori della coesione sociale e territoriale e della concorrenza, quest'ultima «può cedere il passo, se questo serve a rendere l'intervento più efficace»¹⁹ nel perseguimento della missione sociale di servizio pubblico.

In questa prospettiva, è possibile configurare l'obiettivo della coesione sociale e territoriale - oltre che come valore comune - anche come interesse primario dell'Unione per la ragione che esso risulta propedeutico alla funzionalizzazione del servizio pubblico al canone dell'effettività dei diritti, mentre l'obiettivo della libera concorrenza nel mercato risulta degradato ad interesse secondario e collaterale, comprimibile in sede di ponderazione amministrativa²⁰.

La concorrenza, dunque, non è più configurabile come valore primario e assoluto, insuscettibile di bilanciamento, ma anzi va inquadrata come valore relativo e strumentale; in questo senso, dovrà essere perseguita soltanto laddove

16 A tal proposito, si richiama D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Istituzioni e diritti, vol. IV, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2018.

17 Nel senso indicato, A. ROMANO TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. e Proc. amm.*, 2013, p. 866 ss.

18 Sulla gerarchia di interessi rinvenibile nella norma comunitaria, si cfr. E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit., p. 204.

19 Così A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 247 ss.

20 L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 5.

riesca ad assicurare determinati *standard* di efficienza²¹ dei servizi pubblici, sia dal punto di vista economico-finanziario che qualitativo²².

L'art 106 TFUE, infatti, reca una sistematizzazione gerarchica²³ nell'ambito del settore dei SIEG, ponendo la componente sociale della soddisfazione dei bisogni collettivi in posizione di superiorità rispetto alla componente economica di ricorso al mercato, sicché deve concludersi nel senso che la concorrenza ed il mercato non sono più, come in passato, principi dominanti²⁴, ma anzi recessivi.

D'altra parte, come sostiene Longhi, «la regola della concorrenza è soltanto una delle possibili vie da percorrere per assicurare il godimento universale dei diritti a tale ambito collegati»²⁵.

Secondo l'attuale visione europea, infatti, il governo dei servizi pubblici, più che a rispondere alla logica del mercato e della concorrenza, deve essere orientato ad assicurare un alto livello qualitativo delle prestazioni erogate a favore degli utenti, sicché l'imposizione a livello comunitario del canone dell'effettività consente di affermare, secondo Marino, che i servizi «guardano soprattutto ai cittadini»²⁶ e alla concretizzazione dei loro diritti dal punto di vista della garanzia del loro esercizio.

21 I.M.MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi a diritto amministrativo*, cit., p. 68.

22 F.GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconoscere liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008; M.LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010.

23 Si richiama l'intuizione di M.LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 45.

24 Così, E.FURNO, *La never ending 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 *giustamm.it*, n. 9, 2011, p. 14.

25 Per maggiori approfondimenti sulla Carta Europea delle Autonomie Locali, si cfr. M.LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, cit., p.44 ss.; V.PARISIO, *La Carta Europea delle Autonomie Locali e il disegno di legge delega per la Carta delle Autonomie Locali italiane, mera coincidenza nominale e convergenza sostanziale?*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, p. 3612 ss.; F.MERLONI, *La tutela internazionale dell'autonomia degli Enti territoriali. La Carta Europea dell'Autonomia Locale del Consiglio d'Europa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, I, Torino, 2012, p. 789; C.PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge Delrio e d.l. 95/2012)*, in B.PEZZINI, S.TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, poteri, democrazia*, Napoli, 2015, p. 99 ss.

3. Il principio di autonomia locale nel diritto europeo dei servizi pubblici: uno strumento per la concretizzazione delle esigenze di effettività dei diritti e di coesione sociale e territoriale

Chiarita la centralità della coesione sociale e territoriale, pare preliminare verificare se e quali norme comunitarie riconoscono il principio di autonomia locale nella materia e come lo tutelano e promuovono nel panorama valoriale europeo.

Tralasciando il piano legislativo, sono molte le norme di diritto europeo che sul versante amministrativo sostengono l'importanza del principio di autonomia locale nel governo dei servizi pubblici e talune di esse sono già state in parte citate con riferimento all'individuazione dei valori europei cardine.

Se decliniamo il contenuto del protocollo n. 26 - che reca disposizioni interpretative dell'art 14 del TFUE - ci accorgiamo di come il principio di autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali si collochi lungo l'impervio terreno del rapporto di coesistenza tra libertà economiche e diritti sociali, essendo funzionale alla ricerca di un corretto bilanciamento tra esigenze spesso collidenti.

Nell'analisi della normativa europea in materia di SIEG, emerge con tutta evidenza la consapevolezza degli organi di *governance* europea riguardo al fatto che gli obiettivi di interesse generale a cui sono preordinati (principalmente) i servizi non possano essere perseguiti solo mediante l'imposizione e l'applicazione delle regole che presiedono al ricorso al mercato e alla concorrenza.

L'effettività dei diritti sociali connessi all'erogazione dei servizi pubblici e, più in generale, il valore sociale e territoriale della coesione impongono, per un verso, la possibilità che i valori economici della concorrenza e del mercato vengano dequotati, per un altro, che sia valorizzato il principio che presiede all'autonomia degli Stati membri e delle sue articolazioni.

26 Per una ricognizione della seguente posizione dottrinale, si cfr. M.GIACONI, *La gestione dei servizi pubblici locali*, in FLIGUORI, C.ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, 2015, p. 427; A.LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit.

Il diritto europeo, dunque, nel riconoscere il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare SIEG (il più vicini possibile alle esigenze degli utenti) come valore primario, non fa altro che individuare il principio di autonomia come soluzione alla criticità e ne funzionalizza l'operatività al conseguimento degli obiettivi specifici di effettività.

Tuttavia, occorre rilevare che il riconoscimento europeo di poteri decisionali in capo agli Stati membri e alle amministrazioni locali deve comunque essere calibrato sulla base delle prescrizioni contenute nell'art 106 TFUE, nella parte in cui ne condizionano l'operatività al rispetto dei limiti dello stretto necessario e, quindi, dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

Infatti, se le imprese incaricate della gestione di SIEG sono tenute ad osservare le norme europee in materia di concorrenza salvo che l'applicazione delle stesse “non osti” al perseguimento - in fatto ed in diritto - della specifica missione di coesione sociale e territoriale, significa che l'area di operatività del principio di autonomia sia circoscritta dalle strette maglie dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, i quali presiedono e governano il giudizio di bilanciamento tra le antitetiche esigenze poste dall'art 106 TFUE²⁷.

Secondo l'impostazione europea, per un verso, il principio di autonomia è essenziale al perseguimento della coesione sociale e territoriale, nonché funzionale all'erogazione di servizi pubblici congeniali alla soddisfazione dei biso-

²⁷ Per maggiori approfondimenti si rinvia a J.VINER, *Adam Smith and Laissez Faire*, in *Journal of political economy of University of Chicago*, Vol. 35, n. 2, 1927, quale testo di un intervento svolto presso l'University of Chicago il 21 gennaio 1927 in occasione della commemorazione dei 150 anni dalla pubblicazione della famosa opera di Smith “*The Wealth of Nations*”; NASHRAF, C.F.CAMERER & G.LOEWENSTEIN, *Adam Smith, Behavioral Economist*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2005, p. 131-145; J.BLENMAN, *Adam Smith: The Father of Economics*, in *investopedia.com*, 2017; T.CAMPBELL, *Seven theories of society*, Chair, 2007; J.L. CARMONA, *The Ethics of Adam Smith: Towards a utilitarianism of sympathy*; M.FRY, *Adam Smith's Legacy: His Place in the Development of Modern Economics*, Routledge, 2005.

Per una lettura diretta della teoria della mano invisibile dell'Autore, si rinvia ai seguenti scritti: A.SMITH, *History of Ancient Physics*, in *Essays Philosophical and Literary by Adam Smith* (Ward, Lock & Co., London, n.d.); ID., *Theory of Moral Sentiments*, in *Essays Philosophical and Literary by Adam Smith* (Ward, Lock & Co., London, n.d.); ID., *The Wealth of Nations*, Cannan edition; ID., *Lectures*, Cannan, editor, 1776.

gni sociali, per un altro, la sua area di rilevanza deve essere circoscritta attraverso l'operatività dei principi di cui all'art 106 TFUE al fine di evitare comportamenti nazionali abusivi.

In senso analogo anche l'art 2 della direttiva 2014/23 (cd. direttiva concessioni) nella parte in cui conferma la rilevanza del principio di autonomia delle autorità pubbliche nell'organizzazione e gestione dei servizi, attraverso la sua funzionalizzazione agli obiettivi valoriali fissati dal protocollo n. 26.

Per completare il quadro normativo europeo, poi, non si possono non menzionare talune norme del TUE, tra cui, in primo luogo, l'art 4, § 2, secondo cui «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali» ed in secondo luogo, l'art 5, che nel sancire i principi di attribuzione e di sussidiarietà, lascia intendere implicitamente che l'autonomia locale sia la più importante garanzia dei diritti fondamentali collegati all'erogazione dei servizi pubblici.

Per un verso, la prima norma àncora il fondamento dell'autonomia organizzativa nell'alveo dell'autonomia locale²⁸, che è propedeutica all'adozione delle scelte in materia di governo dei servizi pubblici, per un altro, la seconda norma «fissa il principio di auto-organizzazione degli enti locali e richiama quel principio di sussidiarietà verticale, cardine non solo dell'art 118 cost, ma anche del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea»²⁹.

In senso analogo si muove anche la Carta europea delle Autonomie locali, ratificata dall'Italia con legge n. 439 del 1989, che dopo aver riconosciuto che la difesa ed il rafforzamento dell'autonomia locale nei paesi europei rappresenti un importante contributo all'edificazione di un'Europa fondata sui principi di democrazia e del decentramento del potere, nonché che l'esistenza di collettività locali investite di responsabilità effettive consente un'amministrazione efficace e vicina al cittadino, all'art 3, delinea il concetto di autonomia locale come «il

28 G.BARONE, (voce) *Discrezionalità*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, Treccani, 1989, p. 3.

29 Si mutua il prezioso ragionamento giuridico di G.Barone, *op. cit.*, p.3

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 degli affari pubblici»³⁰.

Secondo la normativa europea, quindi, l'effettività dei diritti sociali dei cittadini "si trattiene nella e dipende dalla" erogazione dei servizi pubblici, la quale può essere assicurata solo laddove si riconoscano agli enti locali ampi poteri di discrezionalità.

In questa prospettiva, il riconoscimento dell'autonomia locale nel governo dei servizi pubblici si giustifica nella misura in cui risulti funzionale ad assicurare l'effettività dei bisogni sociali, tanto che alcuni autori ne deducono un «processo di responsabilizzazione» delle autorità pubbliche coinvolte³¹.

Non solo, dall'analisi delle norme di diritto europeo emerge come la rilevanza del principio di autonomia locale non si ritrovi solo nell'aspetto funzionale ma anche in quello strutturale, atteso che esso viene posto come *condicio sine qua non* dell'effettività dei diritti fondamentali connessi all'erogazione dei servizi. Il diritto europeo, infatti, qualificando l'autonomia delle autorità locali alla stregua di un valore primario dell'Unione europea, ha implicitamente sancito il principio secondo cui l'autorità locale non possa essere privata degli ampi poteri discrezionali che le sono stati accordati nel settore di riferimento.

Nel quadro delineato, dunque, la valorizzazione sul piano europeo del principio di autonomia locale nel governo dei servizi pubblici risulta tanto indi-

30 Per un approfondimento generale sul principio di sussidiarietà, la bibliografia è svariata. A titolo esemplificativo si cfr. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1993, p. 3 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi*, in *Foro it.*, V, 1995, p. 374 ss.; G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, 2010; F. VECCHIO, *«Il principio di sussidiarietà nel Trattato costituzionale: proceduralizzazione vs. giustiziabilità»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010; ID., *La sussidiarietà nell'ordinamento europeo. Profili attuali e prospettive future*, Bonanno, 2014.

31 Si osserva come il principio di sussidiarietà si ponga in stretta consonanza con i principi di decentramento e di autonomia. Per un approfondimento della relazione si cfr. V.CERULLI IRELLI, *Principio di sussidiarietà ed autonomie locali*, in G.CLEMENTE DI SAN LUCA, L. CHIEFFI (a cura di), *Regioni ed autonomie locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Torino, 2004, p.269 ss.

spensabile quanto funzionale al raggiungimento degli obiettivi di coesione sociale e territoriale di cui all'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE.

Se non ci si inganna, allora, la soddisfazione dei bisogni fondamentali dei consociati non può dipendere esclusivamente dall'applicazione delle regole della concorrenza secondo la logica del *laissez faire* di Smith³², ma trova risposta nel riconoscimento e nella valorizzazione di ampi poteri di intervento in capo alle autorità pubbliche locali, che nel settore dei servizi pubblici devono - e non possono - disporre di autonomia decisionale.

In questa direzione, quindi, risuonano familiari le considerazioni di Barone che nel collegare il potere discrezionale dell'autorità all'efficienza dell'attività di servizio pubblico, ne faceva derivare la sua indispensabilità, sostenendo come «l'amministrazione non potesse essere interamente spogliata» dei poteri che le competono³³.

Peraltro, se la dimensione empirica dello svolgimento delle dinamiche sociali pone l'amministrazione dinanzi a problemi che si caratterizzano per la loro concretezza, varietà e mutabilità, risulta necessario che l'amministrazione medesima disponga di poteri che siano in grado di fronteggiare e risolvere detti problemi, con la conseguenza che le si debbano riconoscere, proporzionalmente, poteri duttili e idonei a condurre alla scelta più opportuna e ragionevole. E il riconoscimento di siffatti poteri non può che implicare un'ampia autonomia decisionale³⁴.

Inoltre, collegando il ragionamento al principio di sussidiarietà verticale³⁵, si perviene all'ulteriore assunto secondo cui l'ente locale, in qualità di autorità

32 I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi «a diritto amministrativo*, cit., p. 80 e A.PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013, p. 853.

33 L'esistenza dei limiti del potere decisionale degli enti locali viene messa in rilievo anche da G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 186.

34 G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 190 ss.

35 S.TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, p.73 ss.

più vicina ai cittadini³⁶, sia il livello territoriale di governo più indicato per esercitare gli ampi poteri di autonomia che la normativa europea riconosce, sul presupposto che sia il territorio il termometro dell'effettività dei servizi e l'indicatore essenziale della qualità della vita dei cittadini³⁷.

36 In dottrina, la posizione è alquanto consolidata: si cfr. M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 937, secondo cui «il legislatore comunitario non si sostituisce ai poteri pubblici nel decidere se fornire un servizio di interesse generale in prima persona ovvero affidare tale compito a un soggetto terzo, pubblico o privato»; S. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, p. 43, che afferma «nell'ordinamento giuridico comunitario non vi è per la pubblica amministrazione un obbligo di esternalizzazione per l'affidamento di lavori, servizi o forniture» e che «la scelta tra *in house providing* e *outsourcing* è del tutto discrezionale, nel senso che l'ente pubblico può scegliere il modello organizzativo più idoneo a soddisfare le proprie esigenze»; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., p. 25, secondo cui «il diritto dell'Unione europea (...) non obbliga di per sé all'esternalizzazione»; M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in ID. (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 33, chiariscono che il diritto europeo «non osteggia affatto l'opzione dell'autoproduzione pubblica, alla stregua di giudizi a priori. Le amministrazioni, così come hanno facoltà di appellarsi al mercato, negoziando (*buy*), sono libere di optare per l'alternativa di autoprodurre, all'occorrenza assumendo le vesti di impresa (*make*)».

Con riferimento alla giurisprudenza, la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che «un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico su di essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso a entità esterne non appartenenti ai propri servizi». Così, Corte Giust, 10 settembre 2009, *Sea c. Comune di Ponte Nossola*, C-573/07, EU:C:2009.532, in *Foro amm-CdS*, 2009, p. 2246., (con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 127 ss.; con nota di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato e il caso SEA*, in *Urb. e app.*, 2010, 28 ss.; con nota di C. VOLPE, *La Corte CE continua la rifinitura dell'in house*. Ma il diritto interno va in controtendenza, in *Urb. e App.*, n. 1, 2010, p. 43-54).

La Corte di Giustizia anche in precedenza si muoveva in senso analogo: v., ex multis, Corte Giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertung Anlage TREA Leuna*, C-26/03, EU:C:2005:5, in *Urb. e app.*, 2005, p. 288 ss., (con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. e App.*, fasc. 3, 2005, p. 295 ss. e di E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1004 ss.; con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2005); Corte Giust., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C: 2008:621, in *Giur. it.*, 2009, p. 1254 ss., (con nota di R. CARANTA, *La corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico*, in *giur. it.* n. 5, 2009); Corte Giust., 9 giugno 2009, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, C-480/06,

4. I limiti all'esercizio dei poteri decisionali locali nel governo dei servizi pubblici: la fase di assunzione

Va da sè, però, che l'autonomia locale predicata dal diritto europeo nell'ambito del governo dei servizi di interesse economico generale, sebbene ampia, non sia del tutto scevra da limiti³⁸, sicché si pone il problema della sua perimetrazione.

Per fare ciò, si ritiene di dovere procedere all'analisi del governo locale dei servizi pubblici secondo una logica fondata sulla separazione tra fase di assunzione e fase di determinazione delle forme di gestione, sul presupposto che esse, ancorché strettamente collegate, presentano sensibili differenze sotto il profilo dell'influenza che il diritto europeo dispiega sulla discrezionalità degli enti locali.

Sul terreno della fase di istituzione del servizio pubblico - ossia la fase che precede in senso logico e temporale quella della scelta delle modalità gestionali e che vede l'amministrazione locale assumersi la responsabilità dell'erogazione di una attività di interesse generale - devono tenersi in considerazione due argomentazioni fondamentali: per un verso, la normativa europea dota

EU:C:2009:357.

Sul versante giurisprudenziale interno, il Consiglio di Stato non ha mancato di affermare che «l'affidamento diretto *in house* - lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali - costituisce invece una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un ente in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, *in house* (sempre che ne ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria e della relativa giurisprudenza), costituisce frutto di una (scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità e arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti» (Cons. Stato, n. 4599/2014, cit.; analogamente, anche Cons. Stato, n. 1900/2016, cit., in *giustizia-amministrativa.it*).

³⁷ Per approfondimenti relativi al contesto temporale anteriore alle direttive del 2014, si cfr: M.LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo e destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2011; R.CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali, forumcostituzionale.it*, 2012.

³⁸ Corte Giust., Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06. Anteriormente e in senso conforme, sempre Corte Giust, 11 gennaio 2005 C-26/03 e Corte Giust, 13 novembre 2008 C-347/07.

l'amministrazione locale di un ampio grado di autonomia circa l'adozione di provvedimenti che predeterminano gli obiettivi specifici da perseguire attraverso l'assunzione di un SIEG; per un altro, il diritto europeo vincola tale autonomia nel senso di renderla funzionale all'istituzione ed erogazione di un servizio che miri all'obiettivo di coesione sociale e territoriale di cui all'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE e all'art 2 della direttiva concessioni.

Autonomia locale sì, dunque, ma con il limite dei valori primari posti dall'Unione Europea: ciò implica, da un lato, la necessità di riconoscere una sfera di autonomia in capo agli enti locali nel momento decidono circa l'assunzione o meno di un servizio e nella predeterminazione dei concreti bisogni sociali che con quella attività di interesse generale si intendono soddisfare; dall'altro, la necessità che i bisogni sociali da soddisfare, che legittimano l'assunzione del servizio in deroga alla regole della concorrenza e del mercato, rientrino nell'alveo della rosa dei valori generali che impone il diritto europeo quando si riferisce ad «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Ne deriva come l'esercizio dei poteri locali di autonomia in sede di assunzione del servizio non sia del tutto libero ed incondizionato, fine a sé stesso, essendo comunque vincolato all'osservanza dei dettami europei in punto di coesione sociale e territoriale.

Se da un lato, il diritto europeo pone il valore generale della coesione sociale e territoriale tanto come ragione pratica, quanto come scopo dell'autonomia locale nell'assunzione di un SIEG, dall'altro, lo pone come limite, perimetrando in tal guisa la sua incidenza su tale fase. A tal proposito, è emblematico Taglianetti quando afferma che «la scelta di procedere all'assunzione di un servizio pubblico locale postula la predeterminazione dei risultati che l'amministrazione intende perseguire attraverso l'erogazione del servizio stesso in termini di qualità, di sicurezza, di accessibilità e di continuità in base alle specifiche

esigenze della comunità locale e alle risorse economico-finanziarie a disposizione»³⁹. Di talché, secondo l'ordine logico-giuridico fissato dal combinato disposto tra l'art 1 del protocollo n. 26 allegato al TFUE e l'art 106 TFUE, l'amministrazione dovrà innanzitutto predeterminare gli obiettivi di interesse pubblico che si intendono soddisfare in coerenza con il valore europeo della coesione sociale territoriale, e poi procedere a valutare se essi possano o meno essere assicurati dalle prestazioni offerte dagli operatori commerciali che si muovono nel libero gioco della concorrenza, ovvero con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico degli stessi operatori.

Se la valutazione ha esito negativo e i bisogni sociali che si intende perseguire rimangono insoddisfatti, l'autorità locale potrà decidere di assumere il servizio⁴⁰, in deroga alle regole della concorrenza e con applicazione del canone di

39 Il riferimento è alla recente pronuncia della Corte di Giustizia Rieco spa, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, (con nota di C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, in *Urb. e App.*, n.3, 2020) che a sua volta richiama Corte Giust. Irgita, 3 ottobre 2019, C-285/18.

40 Prima dei numerosi e progressivi interventi definatori della Corte di Giustizia, la nozione di *in house providing* era stata introdotta dal Libro Bianco sugli Appalti pubblici dell'Unione Europea dell'11 marzo 1998 della Commissione europea e veniva utilizzata per identificare gli appalti che fossero stati aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione. Sul punto cfr. G.PIPERATA, *La Corte Costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" delle società in house*, in *Le Regioni*, 2009, p. 651 ss.

Sulle origini della nozione di *in house*, si cfr. P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione In Cammino*, 2018, p. 2, il quale afferma che «La nozione comunitaria dell'*in house providing* è stata mutuata dall'ordinamento anglosassone, ove è tradizionalmente contrapposta all'ipotesi del *contracting out*, come modalità con la quale una pubblica amministrazione dispone per l'approvvigionamento di beni e forniture, ovvero l'erogazione di servizi. L'ordinamento anglosassone contempla, in effetti, procedure concorrenziali con le quali le amministrazioni pubbliche sono tenute a confrontare l'opzione dell'*in house* con la possibilità di esternalizzare (*contracting out*) l'esercizio dell'attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento, onde ottimizzarla in conformità ai principi di economicità, efficacia ed efficienza. Il produttore *in house* è soggetto, così, ad un confronto concorrenziale con produttori "esterni", ma, in caso di affidamento a quello dell'attività oggetto della procedura concorsuale, il rapporto tra pubblica amministrazione e produttore *in house* non è di tipo contrattuale, sfuggendo, quindi, alla disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Ove, invece, la p.a. decida di affidare l'attività, che è stata oggetto di confronto concorrenziale con l'opzione *in house*, ad un produttore "esterno", il rapporto giuridico ha natura contrattuale e sarà assoggettato alla disciplina comunitaria sugli appalti». Si veda anche con analoghe argomentazioni P. CANAPARO, *L'In house: dal "mercato grigio" degli appalti senza gara all'elenco istituito dall'Anac*, in *Appalti&Contratti online*, 2017.

coesione sociale e territoriale. Tale impostazione logico-giuridica fissata in sede europea, peraltro, risulta confermata a livello nazionale dall'impianto normativo del nuovo Testo Unico in materia di servizi pubblici locali (D.lgs. 201/2022)⁴¹ nella parte che si riferisce espressamente all'istituzione dei servizi pubblici (artt. 10, 11, 12 e 13)⁴². L'amministrazione è infatti chiamata a valutare l'idoneità degli operatori di mercato e dei cittadini, singoli e associati, a svolgere attività che soddisfino i bisogni della collettività. In pratica, l'ente locale che intenda assumere un servizio per soddisfare un bisogno che ritiene necessario per la socie-

Per una ricognizione delle pronunce della giurisprudenza europea in materia si cfr.: Corte Giust. *Teckal* 18 novembre 1999 - C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005 - C-26/03; *Coname* 21 luglio 2005 - C-231/03; *Parking Brixen* 13 ottobre 2005 - C-458/05; *Modling* 10 novembre 2005 - C-29/04; *ANAV* 6 aprile 2008 - C-410/04; *Carbotermo* 11 maggio 2006 - C- 340/04; *ASEMFO* 19 aprile 2007 - C-295/05; *Termoraggi* 10 aprile 2008 - C-323/07; *Comune di Mantova* 17 luglio 2008 - C-371/05; *Coditel* 13 novembre 2008 - C-324/07; *SEA* 10 settembre 2009 - C-573/07; *Acoset* 15 ottobre 2009 - C-196/08; *Econord* 29 novembre 2012 - C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo* 8 maggio 2014 - C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* 19 giugno 2014 - C-574/12; *Comune di Sulmona* 8 dicembre 2016 - C-553/15; e come detto, di recente, Corte Giust. *Irgita* 3 ottobre 2019 - C-285/18 e *Rieco spa* 6 febbraio 2020 - C-89/19 e C-91/19.

Per una sintesi dell'evoluzione normativa di tale tipo societario, si cfr. G.F.FERRARI, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era Teckal*, in *DPCE on line*, 2017, n. 2, p. 347 ss, il quale ritiene che l'evoluzione dell'*in house* sia terminata con la sentenza Corte Giust. *Comune di Sulmona*, anche se in realtà la Corte è tornata a pronunciarsi prima con la sentenza *Irgita* nel 2019 e poi con la sentenza *Rieco spa* nel 2020; ma anche C.VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in in *giustamm.it*, n. 4, 2014; ID., *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in *giustamm.it*, 2014, p. 1 ss. che ne sottolinea l'incoerenza di fondo.

41 In tema di intrinseca conflittualità tra *in house* e concorrenza, si veda A.GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 57 ss, che colloca l'istituto agli antipodi del principio di concorrenza; ma anche D.MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento pubblica amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rass. dir. pubbl. Eur.*, 2016, p. 151 ss; G.BUCCI, *L'acqua bene comune e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, a cura di S.STAIANO, *Acqua, Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli 2017, p. 167 ss e p. 184 ss.; D.SORACE, S.TORRICELLI, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione.*, Il Mulino, 2021, e C.CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 1 ss.

42 C.VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Relazione svolta al 61esimo Convegno di studi amministrativi dal titolo «*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*», in *iannas.it*, Varenna, 2015, p. 5 ss; A.LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, n. 21, 2016, p.15 ss; R.CAVALLI PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, a cura di P.L.PORTALURI, *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli 2014, 23 ss, che ritiene che l'*in house* non sia una deroga alla concorrenza ma un'ipotesi che non vi si assoggetta.

tà, deve preliminarmente verificare se tale bisogno non sia già pienamente soddisfatto dalle attività svolte nel mercato dagli operatori commerciali o dai cittadini. Si tratta, in altri termini, di una valutazione che Fracchia aveva definito in passato come «simulazione di servizio pubblico»⁴³ e che configura una fattispecie a formazione progressiva e a geometria variabile⁴⁴ nell'ottica di perseguire il soddisfacimento dei bisogni della società. In questa direzione, i principi⁴⁵ e le condizioni posti in capo al potere pubblico locale nella fase di istituzione si giustificano nella misura in cui riescono, cumulativamente, a riportare il cittadino e l'utente al centro delle più importanti e teleologiche aspirazioni della nuova disciplina legislativa sui servizi pubblici, così ponendosi uno stretto collegamento con il valore europeo della coesione sociale e territoriale.

4.1. (segue) La fase di determinazione delle modalità gestionali dei servizi pubblici

Sul terreno della fase di determinazione delle modalità di gestione del servizio, invece, la dimensione dell'incidenza del diritto europeo risulta nettamente inferiore rispetto a quella delineata in sede di istituzione.

Questo perché la dottrina e la giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere che il diritto eurounitario abbia sancito il principio di equiordinazione tra le diverse forme gestionali del servizio pubblico e segnatamente tra auto-produzione (o internalizzazione) ed esternalizzazione, sicché in assenza di una

43 Tale inquadramento è offerto da F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art 192, comma 2, del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, 2019, p. 3 e da M.L. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n.175 del 2016*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comun.*, 2018, 555 ss; in senso conforme anche i pareri del Consiglio di Stato n. 2583/2018 e n.1645/2018.

44 In relazione all'evoluzione legislativa dell'*in house*, si vedano: G. DI GASPARÉ, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012; ID., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2018; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, Libro dell'anno del diritto 2016, Roma, 2016, p. 228 ss.

45 C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, n. 8, 2019, p.1 ss.

regola ordinante la disciplina, si rimette all'autonomia degli Stati membri, a monte, e di quella degli Enti locali, a valle, la scelta in ordine alla modalità di gestione da prediligere⁴⁶.

Si tratta di un impianto la cui validità si protrae da ormai due decenni: in particolare, una prima traccia si ritrova nel Libro Verde sui partenariati pubblico-privati del 2004 dove si stabilisce che il diritto europeo in materia di appalti e concessioni non esprime una preferenza in ordine alle modalità di gestione dei compiti pubblici e, specificamente, non impone un canone sulla base del quale orientare la scelta tra l'internalizzazione e l'esternalizzazione dei servizi pubblici, poichè quest'ultima è rimessa alla esclusiva disponibilità dell'autorità pubblica.

L'impostazione è stata confermata dalle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014 (cd. direttiva concessioni, direttiva appalti e direttiva settori speciali)⁴⁷:

⁴⁶ Il Consiglio di Stato, nelle pronunce n. 2291 del 2015 e n. 5732 del 2015, anche dopo l'adozione delle direttive comunitarie del 2014, ha continuato ad affermare il carattere derogatorio ed eccezionale dell'*in house*. Sul punto si vedano: M.A.SANDULLI E F.APERIO BELLA, *op. cit.*, 229 ss; S.FOA' E D.GRECO, *L'in house nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti all'applicazione conforme*, in *federalismi.it*, n. 15, 2015, p.12 ss..

Di recente si veda anche Cons. Stato n. 2102/2021 che riconduce la ratio dell'art 192, comma 2, del d.lgs n. 50/2016 a una direttrice pro-concorrenziale, così come aveva già fatto la Corte costituzionale, secondo cui essa «risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza» (Corte cost. n. 100/2020 di cui alla successiva nota). Nello specifico, la giurisprudenza amministrativa, ha richiamato un proprio precedente, secondo cui la norma in esame «impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione [...] a) [...] l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' [...]; b) [...] indicare [...] gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*». La sentenza richiamata aveva, poi, già precisato che «la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti *in house* muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese» (Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564).

⁴⁷ Con le sentenze n. 46 del 2013 e n. 229 del 2013, la Corte Costituzionale ha affermato che nel bilanciamento tra tutela della concorrenza ed autonomia organizzativa della P.a., non è irragionevole immaginare che venga compressa la seconda a favore della prima per evitare distorsioni tra operatori privati ed operatori pubblici.

Anche di recente, nell'ambito di una vicenda processuale che si è sviluppata parallelamente a quella europea, la Corte Costituzionale n. 100/2020, dopo aver ricordato l'origine del c.d. *divieto di gold plating* - quale criterio direttivo di cui all'art 1, comma 1, lettera a) della Legge

in particolare, se da un lato, le direttive n. 24 e 25 specificano che «nessuna disposizione della presente (direttiva) obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», la direttiva n. 23 ribadisce «la libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche (...) di fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi».

delega n. 11/2016 che il Tar Liguria riteneva violato dall'art 192, comma 2 del Codice contratti pubblici e per cui aveva sollevato questione di legittimità costituzionale - ha statuito che la *ratio* di tale divieto «è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice pro-concorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato».

La tendenza del giudice costituzionale a mantenere un orientamento pro-concorrenziale, che si pone in consonanza con i suoi precedenti, si manifesta con evidenza nel considerando 9 secondo cui «la norma delegata, in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici».

Nella prospettiva della Corte, infatti, il divieto di *gold plating* è finalizzato ad evitare che possano essere introdotte limitazioni a carico degli operatori economici e del mercato concorrenziale, senza estendersi, come intendeva il giudice rimettente, a qualsiasi aggravamento rispetto ai dettami della normativa europea, con la conseguenza che l'obbligo motivazionale relativo alle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dal Codice Contratti pubblici risponda agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della concorrenza.

Per un approfondimento dottrinale sull'importante approdo giurisprudenziale della Consulta, si cfr. S.VALAGUZZA, *La Corte Costituzionale marginalizza l'in house providing. Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *federalismi.it*, n. 27, 2020; M.TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (note a Corte Costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *Dir. e Proc. Amm. e giustiziainsieme.it*, 2020.; ID., *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, p. 53 ss.; I.IMOLA, *L'onere motivazionale sull'affidamento in house non costituisce gold plating. La Corte Costituzionale chiude definitivamente la questione?*, in *Pubblic utilities – Diritto, strategie ed economia dei servizi pubblici locali*, 2020.

Per un approfondimento sul *gold plating* si vedano: P.MANTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici (osservatorioappalti.unitn.it)*, 2015; E.OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, forumcostituzionale.it*, 2016; D.SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 16 ss.

Sempre quest'ultima direttiva, poi, nel riconoscere espressamente «il principio della libera amministrazione da parte delle autorità nazionali, regionali e locali conformemente al diritto nazionale e dell'Unione», stabilisce che «tali autorità sono libere di decidere come gestire al meglio l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi, al fine di garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti nei servizi pubblici», nonché «che possono scegliere di svolgere i loro compiti di interesse pubblico con risorse proprie o in cooperazione con altre autorità o di conferirli agli operatori economici».

Un'ulteriore conferma si rinviene nella giurisprudenza europea, che oltre a sancire il principio di autodeterminazione della pubblica amministrazione nelle scelte gestionali relative all'adempimento dei compiti pubblici, già a partire dal 2005 affermava che «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche»⁴⁸.

Anche di recente, poi, la Corte di Giustizia⁴⁹ è tornata a pronunciarsi in materia di forme di gestione dei compiti pubblici e, specificamente, sulla problematica relativa alla scelta di affidare la gestione di taluni compiti pubblici a società *in house providing*⁵⁰ piuttosto che ricorrere al mercato attraverso l'*outsourcing*. Nello specifico, se è certo che il diritto europeo non impone alcun obbligo

48 Il riferimento è all'ordinanza n. 138 del 2019 con cui il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione pregiudiziale relativa alla conformità della normativa nazionale dell'*in house* rispetto a quella eurounitaria. In particolare, il dubbio interpretativo relativo all'art 192, comma 2, è stato esteso anche al secondo contenuto dell'obbligo motivazionale rappresentato dall'enunciazione dei benefici per la collettività connessi alla scelta dell'*in house*, poiché, introducendo requisiti più stringenti ed aggravati, si porrebbe in contrasto con il principio libera autodeterminazione della pubblica amministrazione sancito dalle direttive europee n. 23, 24 e 25 del 2014.

49 Di tale avviso anche C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, cit., p. 356.

50 C.CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, cit., p. 358.

di esternalizzazione alle pubbliche amministrazioni e che l'*in house* costituisce un modello di autoproduzione che viene qualificato come espressione della discrezionalità organizzativa, è altrettanto vero che affidare in via diretta attività di interesse pubblico a certi organismi con determinate caratteristiche equivale a sottrarle alla concorrenza⁵¹.

La dottrina che ha ragionato sulla problematica, infatti, non ha mancato di rilevare come «all'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni. L'*in house* diviene linea di confine»⁵² e si colloca «tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli strumenti di scelta del contraente»⁵³.

La vicenda trattata dalla Corte di Giustizia, tuttavia, merita di essere chiarita nei suoi dettagli fondamentali al fine di comprendere pienamente la portata del principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni nazionali tanto in relazione al principio di concorrenza, quanto in relazione al suo autonomo rilievo nel diritto europeo.

Il punto di partenza, dunque, era rappresentato dalle previgenti norme del codice dei contratti pubblici e, in particolare, dall'art 192, comma 2, del D.lgs n. 50 del 2016, (corretto dal decreto n. 56 del 2017)⁵⁴, che prevedeva che «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando con-

51 Si vedano C.CONTESSA, op. cit., p.1 ss. e S.VALAGUZZA, *La Corte Costituzionale marginalizza l'in house providing. Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, cit., p. 275 ss.

52 Così S.VALAGUZZA, op. cit., p. 267 ss; e poi F.Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Il foro Italiano*, n. 4, 2011, p. 112, secondo cui «la concorrenza non può avere la pretesa di assorbire ogni altro valore, quasi in forza di una presunzione assoluta secondo cui la soddisfazione del primo garantirebbe automaticamente il rispetto di tutti gli altri valori implicati».

53 Tale aspetto viene evidenziato sia da C.Contessa, op. cit., p. 359, sia da S.Valaguzza, op. cit., p. 278.

54 F.TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 723 ss.

to nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività e 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», poneva problemi di compatibilità con il diritto europeo»⁵⁵.

Si trattava di una norma che, ancorché contenuta nel codice dei contratti pubblici e quindi applicabile a tale settore, finiva per essere applicata anche a quello specifico dei servizi pubblici sulla base dell'assunto secondo cui mancava una normativa *ad hoc* che ponesse regole volte a determinare la scelta tra l'affidamento *in house* o a terzi. Alla luce della disciplina previgente, il ricorso all'*in house* nel settore dei contratti pubblici era consentito allorché ricorrerono cumulativamente due condizioni: l'obbligo di motivazione (in ordine alle ragioni che hanno indotto a preferire l'*in house* rispetto al mercato) e i benefici per la collettività (conseguenti alla scelta dell'*in house*). Tale stringente previsione normativa, che attribuiva preferenza al mercato e quindi all'esternalizzazione dei servizi rispetto all'autoproduzione, era sempre stata avallata dagli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, di matrice amministrativa⁵⁶ e costituzionale⁵⁷,

55 Si tratta di una scelta di metodo, che impone un «obbligo di risultato», che compete all'autorità pubblica e che non è scevra da limiti, così come evidenziato nel punto 37 dalla Corte di Giustizia, quando afferma chei «la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

56 Corte Giust. Rieco spa, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, che richiama Corte Giust. Irgita, 3 ottobre 2019, C-285/18

57 Per un approfondimento delle vigenti modalità gestionali dei servizi pubblici locali da parte delle amministrazioni italiane, si rinvia specificamente agli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.lgs. 201/2022. Non si ritiene, inoltre, di dover approfondire la recente disciplina dell'affidamento *in house* introdotta dal codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023), in quanto l'art 7, co. 3, stabilisce che «l'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201». Ci si limita, a tal uopo, a rammentare soltanto l'avvenuta positivizzazione del principio di auto-organizzazione amministrativa, che oltre a essere menzionato dall'art 7 D.lgs. 36/2023, è riproposto efficacemente anche dall'art 14 T.U. dei servizi pubblici locali.

i quali consentivano alla legge di imprimere limiti agli affidamenti diretti più estesi rispetto a quelli comunitari.

Ciononostante, il Consiglio di Stato aveva ritenuto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁸, assumendo che l'art 192, comma 2 del Codice dei contratti pubblici fosse in contrasto con il principio europeo di libera autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni secondo cui ogni Autorità pubblica è libera di decidere se ricorrere all'*in house* o al mercato. E nel fare ciò, il giudice rimettente aveva richiamato non soltanto i suoi precedenti giurisprudenziali ma anche quelli della Corte di Giustizia basati sugli atti di diritto derivato e di *soft law* prima citati.

Quel che più rileva ai nostri fini, però, è che il Consiglio di Stato, nel corpo dell'ordinanza di rimessione, pareva avesse invertito il rapporto tra autoproduzione ed esternalizzazione rispetto a come calibrato dal legislatore nell'art 192, comma 2, sulla base della considerazione secondo cui la pubblica amministrazione può procedere alla esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne dell'autoproduzione non siano utilmente percorribili. L'interpretazione fornita, non si limitava a ristabilire un rapporto di equiordinazione tra ricorso all'*in house* e al mercato, così come sancito dalle direttive del 2014 e dalla giurisprudenza europea antecedente, ma ribaltava, con sorprendente nettezza, i rapporti tra le forze in gioco dando prevalenza all'autoproduzione. Non è dato sapere se l'impostazione dell'ordinanza di rimessione rispondesse ad esigenze di metodo, data la conoscenza della normativa e della giurisprudenza comunitaria, ma, ad avviso del Consiglio di Stato,

⁵⁸ Per i primi commenti al nuovo T.U. in materia di servizi pubblici locali si rinvia a R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023; G.CAIA, M.CALCAGNILE, E.CARLONI, F.FIGORILLI, P.PRINCIPATO, D.SIMEOLI, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica. Contenuto e caratteri del D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Editoriale Scientifica, 2023; N.AICARDI, G.CAIA, M.CALCAGNILE, P.ACRI, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Approfondimenti e inquadramento concettuale*, Collana Sentieri Giuridici, 2024; G.CAIA, *Il percorso normativo della disciplina sui servizi pubblici locali*, in *Diritto e Società*, n. 4, 2023; Id., *Concorrenza ed esigenze sociali nei servizi pubblici locali*, in *giustamm.it*, n. 3, 2024; ID., *Organizzazione dei servizi pubblici locali e qualità delle prestazioni*, in *giustamm.it*, n.3, 2024.

tale ricostruzione era conforme al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, subspecie di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, che induce a ricorrere al mercato soltanto laddove non si possa rendere una valida prestazione di servizio. Quanto affermato veniva scolpito negli incisi: «Nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo» e «da parte dell'ordinamento europeo gli affidamenti *in house* (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorta di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse».

Nella prospettiva del giudice rimettente, dunque, il principio di libera concorrenza sembra possedere carattere sussidiario rispetto a quello di autodeterminazione della pubblica amministrazione, atteso che la prima scelta, ossia quella tra internalizzazione ed esternalizzazione, viene demandata all'amministrazione, e solo qualora si persegua la via del mercato quest'ultima sarà obbligata a garantire la massima concorrenzialità⁵⁹. In questo senso, infatti, la concorrenza non deve essere l'unica bussola in grado orientare le scelte organizzative della pubblica amministrazione. D'altro canto, se si ragionasse nel senso di dover dar prevalenza al principio di apertura al mercato, la conclusione inevita-

59 In questo quadro, l'art 3, co. 2, prevede a identificare i principi che orientano l'autonomia locale nella fase di assunzione del servizio, prevedendo che «l'istituzione (ma anche la regolazione e la gestione) dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale risponde ai principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni». A ben vedere, nell'ambito dell'elencazione dei principi che fungono da criterio guida dei poteri di discrezionalità locale nella fase di istituzione, non pare tautologico osservare come detta enunciazione sia funzionale ad un risultato ben preciso: aspirare alla coesione sociale e territoriale e, dunque, al soddisfacimento dei diritti fondamentali connessi ai servizi, come emerge plasticamente dal comma 3 del medesimo articolo ove afferma che nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi debba essere assicurata «la centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva».

bile sarebbe quella di ritenere le pubbliche amministrazioni inidonee all'auto-produzione (solo perchè non ricorrono al mercato) e, per superare tale presunzione, occorrerebbe dimostrare che il mercato non è capace di soddisfare le esigenze di approvvigionamento.

In un passo successivo, però, la giurisprudenza amministrativa stempera i toni, ritenendo che «*l'in house* rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza», con la conseguenza che se il diritto dell'Unione Europea configura *l'in house* in posizione equiordinata rispetto alle modalità organizzative che guardano al mercato, occorre dubitare, conclude il Consiglio di Stato, della conformità eurounitaria dell'art 192, comma 2, dell'originario codice dei contratti pubblici, nella parte in cui subordina gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica a presupposti e condizioni più stringenti.

Da una complessiva valutazione dell'impianto dell'ordinanza, sembra, dunque, che il Consiglio di Stato abbia voluto esasperare i toni, tentando di tirare al massimo la corda, pur sapendo di potersi accontentare di meno, al fine di ottenere una decisione che ristabilisse un rapporto di equiordinazione tra *self-production (home-made) and outsourcing*. E questo obiettivo, alla fine, sembra che sia stato raggiunto, tanto che la Corte di giustizia ha statuito, pur non accogliendo le forti argomentazioni svolte dalla giurisprudenza amministrativa, di “salvare” la vigenza dell'art 192, comma 2, del vecchio Codice dei contratti pubblici, sulla base di una motivazione che appare congrua, almeno in termini di principio di diritto affermato. Segnatamente, l'impianto motivazionale si fonda sul principio secondo cui la pubblica amministrazione può scegliere liberamente se internalizzare o esternalizzare un'attività di interesse pubblico e, dunque, se espletare i propri compiti istituzionali mediante il ricorso alle proprie risorse o avvalersi della collaborazione di operatori economici esterni, fermo restando il rispetto dei principi fondamentali dei Trattati.

Invero, il principio di autodeterminazione nelle scelte gestionali degli Stati membri (e delle loro amministrazioni) è stato interpretato nel senso che esso implica anche la possibilità per i medesimi Stati di decidere quali limiti e condizioni apporre per indirizzare la futura scelta operativa delle pubbliche amministrazioni, configurando non soltanto una libertà di scelta in positivo ma anche in negativo⁶⁰, entrambe compatibili con il diritto europeo. Tale argomentazione ha indotto il giudice europeo a concludere nel senso che subordinare l'utilizzo del modello *in house* all'impossibilità di ricorrere al mercato e alla dimostrazione dei benefici per la collettività costituisca legittima attuazione della libertà degli Stati di stabilire quali modalità organizzative dovranno seguire le pubbliche amministrazioni nell'esecuzione delle prestazioni di rilevanza pubblica. Nel ragionamento della Corte il principio di autodeterminazione acquista valenza pregnante, in quanto l'esercizio dei poteri ad esso connessi precede cronologicamente la decisione di indire la procedura di evidenza pubblica di affidamento di un contratto a terzi.

Tuttavia, nell'analizzare il ragionamento logico-giuridico del giudice europeo e le sue conclusioni, l'opinione maggioritaria non scorge alcuni spiragli innovativi della pronuncia, nel momento in cui la colloca «nell'ormai coerente e consolidato calderone delle decisioni» che legittimano le restrizioni operative all'istituto dell'affidamento diretto in regime di delegazione interorganica. Questa dottrina, infatti, ritiene che la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia «rappresenti un'ulteriore tappa del percorso di progressiva contrazione degli spazi applicativi riconosciuti all'istituto dell'*in house* sia nel diritto europeo che in quello domestico»⁶¹.

60 FFRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 2016, p. 10.

61 Ciò emerge dall'interpretazione sistematica dell'art 10 con gli artt. 11, 12 e 13 del D.lgs. 201/2022. Lo schema è che ne deriva è il seguente: a) Se la verifica ex art 10, co. 4, circa gli spazi di liberalizzazione e, cioè, in ordine alla possibilità di lasciare al mercato (operatori commerciali e cittadini singoli ed associati) l'organizzazione di una risposta ai bisogni collettivi è positiva, non si procede all'assunzione del servizio. Le dinamiche di mercato, infatti, risultano sufficienti per conseguire livelli di soddisfazione dei bisogni pubblici corrispondenti a quelli predeterminati dall'amministrazione; a.1) laddove l'amministrazione locale non possa assumere

A ben vedere, invece, deve rilevarsi come la sentenza della Corte di Giustizia abbia una certa portata innovativa, non soltanto perché si discosta dai precedenti dal punto di vista del percorso logico-argomentativo, ma anche perché nel legittimare una pratica (quella secondo cui gli Stati membri possono limitare il ricorso all'*in house* nell'esercizio della loro libertà di autodeterminazione nelle scelte gestionali) ne consente delle altre, che potrebbero al più fondare giuridicamente una nuova stagione dell'intervento pubblico nell'economia. In tale prospettiva, il "non detto" o "l'implicito" assume maggiore pregnanza rispetto all'espressa conclusione a cui pervenuta la Corte, nel plausibile convinci-

il servizio perché i bisogni sociali a cui esso aspira sono già soddisfatti pienamente dagli operatori commerciali e dai cittadini, la legge riconosce all'amministrazione la possibilità di intraprendere comunque talune iniziative a tutela degli utenti (art 11); a.2) ad ogni modo, l'amministrazione locale non ha alcun dovere di promuovere le attività di cui all'art 11 e quindi, una volta accertato che l'interesse pubblico predeterminato sia pienamente soddisfatto dal mercato all'esito della verifica ex art 10, co. 4, lascia che quest'ultimo si occupi di soddisfare i diritti e le libertà dei consociati (cd. liberalizzazione); b) viceversa, se la verifica ex art 10, co. 4, circa gli spazi di liberalizzazione e, cioè, in ordine alla possibilità di lasciare al mercato (operatori commerciali e cittadini singoli ed associati) l'organizzazione di una risposta ai bisogni collettivi è negativa, perché l'offerta è insufficiente o l'attività presenta delle peculiarità, si procede all'assunzione del servizio. Tale assunzione, però, non può esaurirsi, su di un piano decostruttivo, nella sola valutazione di inidoneità del mercato, ma deve essere condita, su di un piano costruttivo, da ulteriori valutazioni che attengono non più alle ragioni ma al modo dell'istituzione. Si tratterà, allora, di stabilire il regime giuridico applicabile al servizio assunto; b.1) se il servizio è assunto, si aprono varie possibilità per assicurare il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico predeterminati (artt. 12 e 13), l'ultima delle quali, come meglio si dirà, apre a sua volta alla fase di gestione del servizio e conseguentemente alla scelta tra le forme di erogazione tradizionalmente conosciute nel diritto dei servizi pubblici (art 14 e ss.); b.1.1.) se l'amministrazione ha assunto il servizio, la prima tappa procedimentale a cui dovrà fare fronte consisterà nella valutazione circa la possibilità di conseguire l'interesse pubblico connesso all'assunzione del servizio mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (anche accompagnata da meccanismi di compensazione), sia pure in un contesto di mercato che non subisca restrizioni in ordine alla libertà di accesso e di partecipazione degli operatori commerciali (art 12 - cd. concorrenza nel mercato). In tal modo, nonostante l'amministrazione locale sia stata chiamata ad intervenire nel mercato dei servizi pubblici per conseguire interessi pubblici che il mercato da solo non riesce a soddisfare, la legge introduce un modello d'azione che, pur rispondendo a obiettivi di coesione sociale e territoriale, non altera, se non blandamente, il libero mercato; b.1.2.) di contro, se l'adozione delle misure di concorrenza nel mercato non risulta efficace o comunque non raggiunge l'obiettivo di assicurare l'interesse pubblico per cui l'amministrazione locale ha ritenuto necessario assumere il servizio pubblico, allora non le rimarrà altro che adempiere al secondo passaggio procedimentale che le consente di ricorrere a misure basate sul riconoscimento di diritti speciali o esclusivi (art 13 - concorrenza per il mercato). In tal modo, dal piano astratto e a monte della concorrenza nel mercato si passa al piano concreto e a valle della concorrenza per il mercato, in quanto l'amministrazione si dice "costretta" a riconoscere diritti speciali o esclusivi agli operatori commerciali del settore.

mento – almeno leggendo tra le righe – che la visione pro-concorrenziale su cui si è basato il sistema negli ultimi anni abbia in qualche modo offuscato la tematica tanto antica quanto cruciale della presenza pubblica nell'economia⁶², nonché quella dell'autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali nel governo dei servizi pubblici.

Fin dalle prime letture, la dottrina ha affermato in maniera piuttosto unitaria come la questione posta dal Consiglio di Stato - ossia se l'*in house* rappresenti la regola o l'eccezione o semplicemente una scelta operativa equiordinata al ricorso al mercato - non avesse ricevuto risposta⁶³, essendosi il giudice europeo esclusivamente concentrato a motivare sulla base del principio di autodeterminazione degli Stati nelle scelte gestionali. Si è detto, infatti, che se il principio di equiordinazione fosse stato affermato in coerenza con il principio di libera organizzazione delle attività di interesse pubblico, i dubbi di compatibilità comunitaria dell'art 192 sarebbero stati fondati.

A ben vedere, però, la Corte di Giustizia, nel basare la sua decisione sul principio di libertà di autodeterminazione, una posizione l'ha presa, seppur di tacita e consapevole neutralità. La decisione di non sindacare la previgente normativa italiana non sembra riconducibile ad una irrilevanza della questione per il diritto europeo, ma è espressione della necessità di non invadere ambiti lasciati alla discrezionalità del legislatore e della amministrazione nazionale, i quali sono chiamati a dare risposte ponderate, duttili e congeniali agli interessi interni. La Corte europea ha motivato solo ed esclusivamente sulla base del prin-

62 Si veda A.RASI, *Gli effetti diretti ed il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, fasc. 3, 2018, p. 555-595; . D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss e ID., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; e, di recente, B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG e G. DE BURCA (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, p. 187, secondo cui lo *status* delle norme di diritto dell'Unione negli ordinamenti degli Stati membri è un «*evergreen in European legal studies*».

63 Il riferimento alla mancata soddisfazione dell'interesse pubblico alle condizioni desiderate non può che richiamare i valori meta che prescrive lo stesso art 17 e quindi avere «riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi».

cipio di libertà di organizzazione e con esso ha costruito un ponte che non conduce ad una preferenza direzionale tra intervento pubblico nell'economia e concorrenza per il mercato. V'è semplicemente una valutazione delle possibili modalità organizzative per l'esecuzione di una prestazione di rilevanza pubblica, in una logica di protezione degli operatori economici. Così, se la scelta dell'*in house* non è finalizzata fraudolentemente ad aggirare le regole della concorrenza per il mercato, non vi è alcun contrasto con il diritto europeo e viene meno il presupposto per ricorrere all'affidamento con gara. Viceversa se si opta per il mercato, l'amministrazione dovrà dare comunque piena applicazione alle regole che presiedono alla concorrenza per il mercato⁶⁴. La Corte, infatti, non prendendo posizione su quale debba essere il verso del pendolo nelle sue oscillazioni tra ricorso all'*in house* e ricorso al mercato, ha indicato un metodo, un criterio da seguire – che è quello della libera organizzazione - e nel contempo non ha escluso un'inversione di rotta che permetta in certi casi di far prevalere l'affidamento diretto rispetto alla gara. Ne deriva che non sia né giusta né sbagliata la scelta dell'ordinamento nazionale che perori l'esternalizzazione rispetto all'autoproduzione, ma del pari che non sia in alcun modo illegittima – eventualmente - una normativa che inverta il relativo rapporto di gerarchia, con la conseguenza che appartiene all'autonomia normativa di ciascun Stato membro (o all'autonomia organizzativo-funzionale di ciascuna amministrazione nazionale) orientare le modalità di svolgimento di una prestazione di servizio in maniera più congeniale ai suoi interessi e a quelli della sua comunità.

Alla luce delle statuizioni della Corte di giustizia, è possibile concludere nel senso che eventuali disposizioni normative interne di preferenza all'*in house* rispetto all'esternalizzazione nel settore dei servizi pubblici non apparirebbero

⁶⁴ Complessivamente, può dirsi che se, da un lato, il nuovo Testo Unico ha valorizzato le autonomie locali nel senso di riconoscere la loro funzione fondamentale nella determinazione delle modalità di erogazione delle attività di servizio pubblico, dall'altro, nel rispetto dei valori europei e costituzionali rappresentati, rispettivamente, dalla coesione sociale e territoriale, dalla concorrenza e dalla sussidiarietà orizzontale, ha proceduto a conformare e indirizzare l'esercizio dei poteri locali nell'ottica di bilanciare le libertà economiche con quelle sociali e di riportare il cittadino al centro degli obiettivi del servizio pubblico.

in contrasto con il diritto eurolunitario. Né del pari sarebbe illegittimo se gli enti pubblici territoriali decidessero in via amministrativa, nel silenzio della legge domestica, “di tenere per sè” alcune prestazioni di interesse pubblico senza ricorrere alle vie esterne.

V'è da specificare che fino a qualche tempo fa la disciplina italiana dei servizi pubblici non offriva una specifica regolazione dalla quale trarre indicazioni vincolanti circa l'esercizio della scelta in ordine alla forma gestionale da prediligere, tanto che al settore si applicava in via estensiva la regolazione contenuta nel previgente codice dei contratti pubblici. Questo per dire che la lacuna legata all'assenza di una normativa specifica di settore finiva per essere colmata mediante l'applicazione della stringente disciplina generale dei contratti pubblici, quando in realtà, seguendo i principi dettati in ambito europeo, avrebbe potuto colmarsi secondo una logica antitetica e con previsioni normative o scelte amministrative di segno contrario a quelle sostanzialmente adottate.

Nel contesto antecedente all'adozione del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali (D.lgs n. 201/2022), lo sviluppo dell'indirizzo europeo favorevole alla valorizzazione del principio di libera autodeterminazione della pubblica amministrazione nelle scelte gestionali, anche a scapito del principio di concorrenza, unitamente alla mancanza di una disciplina interna specifica dei servizi pubblici, faceva sì che le amministrazioni locali godessero, sia pure in astratto, di un'ampia legittimazione in ordine all'esercizio dei poteri discrezionali nella gestione dei servizi pubblici. E anche se in concreto si finiva per applicare la disciplina dei contratti pubblici, che restringeva nettamente il campo di operatività della libertà di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, ciò che contava era che il diritto europeo non imponeva specifiche forme di organizzazione e gestione dei servizi pubblici.

Si osserva, tuttavia - pur alla luce delle modifiche intervenute con l'adozione del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali che hanno conferma-

to l'internalizzazione come modello residuale e derogatorio⁶⁵ - come lo scenario europeo sia rimasto stabile e come le regole, normative e giurisprudenziali, sull'autonomia degli Stati membri e delle amministrazioni locali nella gestione dei servizi pubblici siano ancora valide ed efficaci, tanto da dovere influenzare l'interpretazione stessa della novella legislativa. Se l'interesse pubblico predeterminato, che risponde non soltanto a logiche economico-concorrenziali ma anche e soprattutto a valori sociali ed universali, non può essere soddisfatto (o non può essere soddisfatto alle condizioni desiderate)⁶⁶ mediante la gestione concorrenziale ex art 15 D.lgs. 201/2022, ancorché si tratti di concorrenza per il mercato, allora il regime di *favor* verso l'esternalizzazione totale dovrà inevitabilmente recedere e lasciare il passo a forme di gestione più convenienti, tra cui certamente l'*in house*. In questa prospettiva, la gestione *in house* non rappresenta la regola, ma neanche pare essere l'eccezione alla stregua di quanto affermato dall'impostazione maggioritaria; si tratta soltanto di un modello operativo che si propone di rispondere positivamente ai bisogni sociali, sia pure nel rispetto dei limiti previsti dalla legge.

Se non ci si inganna, allora, emerge come nell'ambito della fase di gestione dei servizi pubblici, i valori della concorrenza (e della sussidiarietà orizzontale) siano perseguibili fino a quando si dimostrino coerenti con l'obiettivo finale di soddisfare, oltre alle esigenze economico-finanziarie, anche i diritti sociali e di libertà dei consociati, mentre pare che siano costretti a recedere e a degradare laddove perdano questa funzione strumentale. Nel quadro delineato, quindi, non pare più possibile sottacere l'importanza che deve rivestire e che riveste il potere decisionale degli enti locali, in quanto soltanto il suo corretto e

⁶⁵ Sulla non assolutezza non ha dubbi G.TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, cit., p. 174.

⁶⁶ Per i primi commenti alla nuova disciplina dell'istituzione dei servizi pubblici locali si rinvia a A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 166 ss; S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Riv. reg. mercati*, 2023, p. 321 ss.; E.FIDELBO, *L'istituzione di servizio pubblico locale in una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2024, p. 371-381.

discrezionale esercizio, sia pure all'interno dei vincoli procedurali e motivazionali previsti dal recente Testo Unico, potrà condurre alla scelta più congeniale per l'erogazione dei servizi pubblici e, quindi, per la soddisfazione dei bisogni sociali⁶⁷. Ciò che conta nella prospettiva sovranazionale, a prescindere da quale sia la concreta regolazione nazionale, è che il diritto europeo non ponga alcuna limitazione al ricorso all'*in house*, salvo quelle che riguardano le condizioni indefettibili di tale tipo societario, così confermando la piena autonomia degli Stati membri e degli enti locali in sede di gestione dei servizi pubblici come valore primario e propedeutico alla coesione sociale e territoriale⁶⁸.

67 In tale contesto, la dottrina ha assunto due distinte posizioni a seconda del tipo di contatto che si instaura tra ordinamento interno ed europeo in materia di servizi pubblici. Per un verso, richiamando le regole generali volte a comporre le antinomie tra norma comunitaria e norma nazionale, la dottrina osserva che ove si verifichi un'ipotesi di incompatibilità tra i sistemi giuridici, deve riconoscersi preminenza al diritto comunitario tramite la disapplicazione del diritto interno (cfr. M.P.CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011 e G.FALCON, *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione: introduzione generale*, in G.SCIULLO (a cura di), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna, 2009). Per un altro, la dottrina sostiene che ove si verifichi soltanto un'interferenza tra le diverse configurazioni degli interessi pubblici e privati previsti dal diritto europeo ed interno - ipotesi che non suppone un vero contrasto e che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* nel settore - le amministrazioni pubbliche dovranno effettuare un giudizio comparativo tra i valori posti dai due sistemi. Anche in questo caso, però, l'amministrazione pubblica nazionale non potrà che conformarsi alle indicazioni provenienti dal diritto europeo e, quindi, valutare comparativamente gli interessi posti dai due sistemi giuridici dando prevalenza a quelli di matrice europea, secondo una logica che risponde al principio di primazia e di effetto diretto del diritto europeo (anche) in accezione amministrativa (sempre, M.P.CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 521). Ne consegue che «l'autorità amministrativa nazionale non può che esercitare la propria discrezionalità nel rispetto primario delle indicazioni scaturenti dal diritto comunitario, secondo quello che si può definire il versante amministrativo del principio di supremazia del diritto comunitario». In questo senso, «la nota distinzione tra interessi pubblici primari e secondari individuabili per ogni situazione di esercizio discrezionale del potere amministrativo fa sì che sia prospettabile una diversa configurazione gerarchica, ove primari diventano gli interessi comunitari (distinguibili in comunitari primari e secondari) e secondari quelli nazionali (che nel loro ambito mantengono la caratteristica di primari e secondari)» (M.P.CHITI, cit., p. 522).

68 D'altra parte, è nel Libro bianco "sui servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004, COM (2004), che la stessa Commissione Europea procede esplicitamente al collegamento tra SIEG e diritti fondamentali, prevedendo che «i cittadini e le imprese hanno diritto di pretendere l'accesso a servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi abbordabili in tutta l'Unione Europea» e che, in particolare, «per i cittadini dell'Unione tale accesso costituisce una componente essenziale della cittadinanza europea, nonché un elemento indispensabile che consente loro di beneficiare appieno dei diritti fondamentali»; e anche al collegamento tra SIEG e coesione sociale e territoriale, stabilendo che «l'eliminazione degli svantaggi causati dalla mancanza di accessibilità nelle regioni ultraperiferiche rappresenta un fondamentale strumento per evitare che i gruppi sociali o le regioni vulnerabili siano esclusi dall'accesso ai servizi essenziali».

In questa direzione, la Corte di giustizia - nei punti 33, 34, 35 e 42 relativi alla prima questione prospettata - ha affermato che «l'art 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di una operazione interna, denominata contratto *in house*, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte della amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» poiché «tale disposizione non può privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori e di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. (...)». La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva» consacrando così la giurisprudenza della Corte anteriore a tale direttiva. Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'art 12, paragrafo 2»⁶⁹.

⁶⁹ Ad ogni modo, la disposizione in questione non è un caso isolato nell'ambito del diritto primario europeo. Gli artt. 107 e 108 TFUE consentono di derogare al regime ordinario che vieta l'erogazione, da parte degli Stati, di qualsivoglia forma di aiuto alle imprese finalizzato a falsare o alterare la concorrenza, se per ragioni compensative e di stretta proporzionalità le risorse concesse siano elargite per fronteggiare gli oneri derivanti dall'osservanza degli obblighi di servizio pubblico (si cfr. D.U.GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998).

Sotto il profilo interpretativo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, valorizzando la componente sociale di soddisfazione dei bisogni collettivi che caratterizza precipuamente i servizi di interesse economico generale e che li differenzia dalla generalità delle attività economiche, è giunta a statuire che le risorse concesse a titolo di compensazione dei costi imposti dagli obblighi di servizio pubblico non possono considerarsi aiuti di Stato, laddove siano preordinate a soddisfare l'interesse generale alla base della missione, così derogando alla rigida disciplina contenuta nel Trattato di Lisbona. Si veda Corte just., 22 novembre 2001, Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale, C-53/00, EU:C:2001:627,

In conclusione, pare si possa affermare che il diritto europeo non incida tanto sulla discrezionalità degli enti locali in punto di scelta delle modalità gestionali - in forza dell'affermazione del principio di libertà di autodeterminazione delle autorità pubbliche e del conseguente principio di equiordinazione tra le modalità di erogazione - quanto sulla discrezionalità che si esercita in sede di assunzione dei servizi pubblici, in considerazione dell'imposizione di taluni valori da perseguire, come la concorrenza (che non ha più rilievo assoluto) e soprattutto la coesione sociale e territoriale (che, invece, ha un rilievo preminente ed impone «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente»).

Trattasi, ad ogni modo, di un'impostazione che si iscrive in un quadro ormai consolidato in cui l'esercizio dei poteri decisionali locali nel settore dei servizi pubblici rappresenta la preconditione essenziale per la concretizzazione del valore europeo della coesione sociale e territoriale, quale ponte ideologico per il conseguimento dell'effettività dei diritti fondamentali.

con i commenti di A. BARTOSCH, *Why did the Court of Justice respond in Ferring?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2002, p. 1 ss; ma anche Corte. giust., 24 luglio 2003. *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00, EU:C:2003:415, con nota di G. MENDOLA, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*, in *Dir. trasp.*, 2004 e M. MEROLA, C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 639 ss.. Per un orientamento contrario, si cfr. Trib. CE, 27 febbraio 1997, FFSA c. Commissione, T-106/95, EU:T:1997:23; Trib. CE, 10 maggio 2000, SIC c. Commissione, T-46/97, EU:T:2000:123; Trib. CE, 11 giugno 2009, Repubblica Italiana c. Commissione, T-222/04, EU:T:2009:194. Per un inquadramento generale sulla giurisprudenza europea si cfr. E. SCOTTI, *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, cit., p.173 ss.