

LA CONCORRENZA DA PRINCIPIO TORNA REGOLA. LA LEGITTIMITÀ DELL’AZIENDA SPECIALE COME MODELLO “ORDINARIO” DI GESTIONE DEL SERVIZIO PUBBLICO: NOTA A MARGINE DELLA SENTENZA N. 5444 DEL 2019 DEL CONSIGLIO DI STATO*.

di Guido Saltelli**

1

Sommario. 1. Il fatto controverso. – 2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali: evoluzione storica. – 3. Gestione diretta o gestione indiretta: le ragioni della legittimità sostanziale della scelta. – 4. La legittimità formale della scelta di affidare un servizio ad un’azienda speciale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il fatto controverso.

La sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato offre l’occasione per indagare il dibattuto tema della modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

La controversia ha riguardato la gestione del servizio di igiene e bonifica ambientale. Tale servizio era originariamente svolto da una società per azione mista a prevalente capitale pubblico, la quale nel maggio del 2016, con decisione dell’assemblea dei soci, veniva prima posta in liquidazione, e successivamente era dichiarata fallita dal Tribunale di Latina con sentenza 7 dicembre 2016, n. 105. Il Commissario prefettizio dell’ente stabiliva allora di affidare il servizio mediante procedura di gara.

La gara veniva però annullata in autotutela dall’ente stesso in considerazione di un parere (richiesto e) reso dall’A.N.A.C., ad avviso della quale erano illegittime le clausole relative ai requisiti di capacità tecnica, per violazione del principio dell’apertura alla massima concorrenza tra gli operatori economici.

L’ente, poi, invece di rinnovare la gara, con successiva delibera consiliare dell’8 agosto 2017, n. 70 costituiva l’azienda speciale per i Beni Comuni di Latina (denominata “ABC”), ne approvava lo statuto e l’atto costitutivo, individuando in essa il soggetto più adatto a

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca in diritti umani. Storia, teoria e prassi – Università di Napoli “Federico II”.

gestire il servizio in questione.

L'azienda speciale, così costituita, acquisiva con scrittura privata autenticata il ramo di azienda organizzato per lo svolgimento dei servizi di igiene ambientale già in capo alla società in fallimento.

Un operatore economico che aveva partecipato alla gara, impugnava il provvedimento di annullamento della stessa da parte dell'ente innanzi al competente Tribunale amministrativo regionale, che dichiarava tuttavia inammissibile il ricorso e i motivi aggiunti per difetto di interesse¹.

Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza del 14 marzo 2019, n. 1687, accoglieva in parte il ricorso dell'operatore economico, riconoscendo per un verso l'illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara, e per altro verso la legittimità della scelta dell'amministrazione di istituire un'azienda speciale quale affidataria della gestione del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, trattandosi di un atto autonomo e non direttamente dipendente dall'annullamento in autotutela.

Tale statuizione superava il vaglio del ricorso per revocazione proposto dallo stesso operatore economico per effetto della sentenza n. 5444 del 2019.

2. Modalità di gestione dei servizi pubblici locali: evoluzione storica.

Così ricostruita la vicenda controversa, si può immediatamente evidenziare come la sentenza², confermando la correttezza della pronuncia d'appello, afferma in sostanza che l'affidamento del servizio di raccolta e smaltimento di rifiuti mediante procedura di evidenza pubblica è modalità alternativa a quella di gestione attraverso l'azienda speciale: l'annullamento della gara comporta il venir meno della scelta di quella modalità e la sua sostituzione con lo strumento dell'azienda speciale.

Pertanto il punto significativo della decisione è rappresentato dalla tematica delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali (in particolare del servizio di raccolta

¹ Secondo il TAR Lazio, sezione staccata di Latina, infatti, essendo intervenuto l'annullamento della gara prima dell'aggiudicazione, l'operatore economico concorrente non poteva considerarsi titolare di una posizione giuridica differenziata e tutelabile. Per completezza occorre aggiungere che a fondamento della declaratoria di inammissibilità dell'azione il tribunale poneva anche una questione più strettamente processuale (la violazione del divieto di cumulo di impugnazione di atti connessi).

² Indipendentemente da tutte le altre questioni sostanziali e processuali che vengono affrontate.

e smaltimento dei rifiuti).

Al riguardo deve segnalarsi che il quadro normativo di riferimento³ non è affatto specifico ed esauriente e si è per contro in presenza di disposizioni legislative spesso risalenti che si sono succedute nel tempo senza un'adeguata sistematica, spesso frutto di esigenze particolari e dettate da esigenze politiche.

È, allora, utile e necessario delineare le tappe storiche più significative dell'evoluzione normativa della materia⁴.

La prima disciplina della materia si rinviene nella legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti).

Essa prevedeva tre diverse modalità di gestione dei servizi pubblici: la gestione in economia, l'azienda municipalizzata e la concessione, manifestando apertamente la preferenza per la gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale.

Tale preferenza si inquadrava coerentemente in quel periodo storico con l'obiettivo di coniugare l'autonomia locale (da una parte) e l'intervento pubblico nell'economia (dall'altra), come mezzi più idonei non solo a tutelare nel miglior modo possibile gli interessi in gioco, ma anche a garantire la maggior diffusione possibile di tali servizi, che solo un soggetto pubblico poteva assicurare⁵.

Era chiara la *ratio* della normativa: l'ente locale governa il servizio, lo regola, lo finanzia, lo controlla e insieme lo produce e lo gestisce in modo accentrato con lo scopo di favorirne l'utilizzo da parte di tutti i cittadini⁶.

L'ente pubblico è così attore anche nel mercato, tutelando i soggetti deboli (cittadini) dagli eventuali fallimenti del mercato.

Un simile modo di gestione dei pubblici servizi è rimasto inalterato per lungo tempo, dando luogo sotto il profilo sistematico ad una certa stabilità delle regole⁷.

³ La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici è oggi contenuta negli art. 112 e ss. del d.lgs n. 267 del 2000. Tali norme non possono certo prescindere dai principi costituzionali dettati dagli art. 41 e 43 della Costituzione, e devono essere lette in maniera sistematica con le norme europee: in particolare, si fa riferimento agli artt. 14 e 106 TFUE, nonché all'art. 36 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

⁴ Per una più approfondita analisi dell'evoluzione storica dei servizi pubblici si veda G. Palligiano. *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, Atti del Convegno Vallo della Lucania 26 giugno 2009*, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵ G. Taglianetti, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli, 2018, p. 3 ss.

⁶ F. Liguori, *I servizi pubblici a carattere industriale ed economico*, in F. Pinto (a cura di), *Diritto degli Enti locali, II, Le funzioni e l'organizzazione*, Torino, 2004, p. 158 ss.

⁷ Si utilizza un'espressione di M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, p. 506.

È poi intervenuto il R.D. Il T.u. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle provincie) ed il relativo decreto di attuazione R.D. n 602 del 1926, che hanno regolato l'azienda municipalizzata, come particolare forma di gestione dei servizi pubblici locali.

Tale forma fa acquistare rilevanza autonoma alla regolazione la quale si sovrapponeva alla gestione: l'aspetto regolatorio (giuridico) e quello gestorio (giuridico-economico) sono elemento costitutivo e sostanza stessa di tale modello di gestione⁸.

Dalla legge Giolitti e dalla relativa disciplina della municipalizzazione emerge un sistema dei servizi pubblici locali in cui la gestione (del servizio), la proprietà dei beni necessari (al servizio), nonché il governo e la regolazione tendono e coincidono e a confondersi tra loro⁹, assumendo perciò una connotazione esclusivamente pubblicistica.

Ciò trova giustificazione nel convincimento che solo in tale modo l'assetto organizzativo possa garantire nel modo migliore possibile il benessere collettivo e quindi consentire tendenzialmente a tutti i cittadini di fruire di quei servizi.

Occorre attendere altri sessant'anni perché il legislatore intervenga nuovamente con la legge n. 142 del 1990 (Ordinamento delle autonomie locali), in particolare con l'articolo 22 immaginava diversi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Nello specifico tale norma individuava cinque tipologie organizzative: 1) la gestione in economia, nei casi in cui non è opportuno, per le modeste dimensioni del servizio e l'esiguità del valore della prestazione, creare un'autonoma azienda o una s.p.a.; 2) l'azienda speciale dotata di autonomia operativa, gestionale, contabile e statutaria; 3) la società mista a capitale pubblico-privato; 4) la concessione a terzi (provvedimento fiduciario che consente l'affidamento diretto senza l'espletamento di una gara); 5) l'istituzione per servizi di rilevanza non economica, organismo strumentale dell'ente pubblico dotato di autonomia, ma privo di propria personalità giuridica.

È evidente lo *stravolgimento* dell'idea di servizio pubblico¹⁰: dalla natura essenzialmente

⁸ G. Pishel, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972

⁹ B. Spadoni, *I servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in *www.dirittodeiservizi.it*, 2003.

¹⁰ Sulla nozione oggettiva di servizio pubblico si veda Consiglio di Stato, sez V, 14 febbraio 2013, n. 911: «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e la relativa disciplina, oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presidono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che tali attività presentino carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni

pubblicistica si avanza verso una concezione mista, oggettiva-soggettiva di servizio pubblico, in cui si attenua moltissimo l'intervento pubblico nell'economia e si delinea all'orizzonte l'idea del mercato e della concorrenza, quali elementi non incompatibili con la logica del servizio pubblico¹¹.

È, poi, seguita la fase di privatizzazione dei servizi pubblici nazionali con l'istituzione dell'Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, quali energia elettrica, gas e telecomunicazioni; e nel 1997, con la legge Bassanini, è iniziata la fase della privatizzazione della gestione dei servizi pubblici a livello locale, prevedendosi l'obbligo di trasformare le aziende pubbliche in società per azione e di dismissione progressiva del pacchetto azionario¹².

Ulteriore impulso alla tematica delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali è stato dato dal d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), ed in particolare dall'articolo 113: tale norma è stato oggetto di diversi interventi legislativi che ne hanno modificato il contenuto.

Il primo intervento normativo in tal senso è il d.l. n. 112/2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) convertito dalla legge n. 133/2008, che con l'articolo 23-bis (servizi pubblici locali di rilevanza economica) introduce la nozione di servizi pubblici locali di rilevanza economica¹³.

La norma sembra enfatizzare al massimo i principi comunitari, tra cui quello della concorrenza, ponendo in secondo piano i principi costituzionali, in particolar modo l'art 43 Cost., muovendo dall'idea che soltanto l'economia di mercato è in grado di realizzare l'efficiente allocazione delle risorse nel sistema e garantire la massimizzazione della

amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)».

¹¹ Sull'elaborazione della nozione di pubblico servizio si veda: *I servizi pubblici, in Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), vol. IV, Milano, 1930; U. Pototosching, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, p. 37 e ss.; C. Gallucci, *Servizi pubblici locali* (voce), in Enc. giur., vol. XXVIII, Roma, 1999, 1; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Dir. Amministrativo*, I, Bologna, 1998, p. 917 e ss., in cui sono valorizzate entrambe le prospettive di qualificazione dei servizi pubblici, soggettiva e oggettiva, assegnando altresì rilevanza alle modalità organizzative del servizio, tali dal garantirne la fruizione da parte dei consociati, attraverso una gestione che risponda appieno alle esigenze della collettività.

¹² Si veda sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in Giur. Cost., n. 1/2011, p. 247 ss.

¹³ A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, n. 1-2/2008, p. 372.

crescita in condizioni di ottimalità paretiana¹⁴.

Riguardo alle modalità di gestione dei servizi, poi, l'art 23-bis prevedeva in via ordinaria la possibilità dell'affidamento del servizio a società miste, con una sola gara *a monte* per la scelta del socio privato a condizione che con la gara si attribuisse la qualità di socio operativo e non solo finanziatore.

Tale situazione ha alimentato il processo di una tendenziale privatizzazione del servizio pubblico locale, con il conseguente definitivo abbandono da parte del *pubblico* di un ruolo centrale nell'economia¹⁵.

Nonostante l'abrogazione dell'articolo 23-bis attraverso il referendum popolare del 12-13 giugno del 2011, il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art. 4, d.l. 138/2010, convertito in legge n. 148/2011, con cui ha adeguato la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai principi informativi sanciti a livello europeo, prevedendo come regola generale la liberalizzazione delle attività economiche (c.d. concorrenza nel mercato) ove fosse stata possibile una gestione dei servizi pubblici rispettosa dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed efficienza.

Un limitato margine di intervento diretto dell'amministrazione pubblica residua quando invece, in base ad una analisi di mercato, sia stato accertato che lasciare il servizio alla libera concorrenza vorrebbe dire pregiudicare l'universalità e l'accessibilità del servizio: in tali casi l'amministrazione può derogare alla concorrenza nel mercato prevedendo l'attribuzione di diritti di esclusiva e conseguentemente scegliere di indire una gara pubblica per selezionare il privato gestore (concorrenza per il mercato), oppure affidare in house il servizio, oppure ancora costituire una società mista¹⁶.

Tale impianto normativo è stato tuttavia dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, con sentenza n. 199/2012, in quanto ritenuto elusivo dell'esito del referendum del 2011¹⁷.

Si è così creato nuovamente un vuoto normativo che ha determinato un'applicazione diretta

¹⁴ L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, p. 142.

¹⁵ G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, p. 963 ss.

¹⁶ Si veda tra le tante Consiglio di Stato, sez. VI, n. 260 del 2015, che ha ribadito che l'affidamento *in house* rappresenta un'eccezione ai principi comunitari quali ribadiscono la necessità delle procedure di evidenza pubblica.

¹⁷ Si veda sul punto A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico dell'economia*, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, p. 4645 ss.

della disciplina europea in materia, ispirata al principio della concorrenza¹⁸.

Per effetto di tale evoluzione normativa e giurisprudenza, si è delineato un sistema di affidamento e gestione dei pubblici servizi secondo due modalità:

- attraverso imprenditori o società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica
- attraverso società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione che la scelta del socio pubblico avvenga nel rispetto delle procedure competitive di evidenza pubblica.

Solo in via straordinaria, invece, è possibile al ricorrere di situazioni eccezionali, di procedere all'affidamento del servizio ad una società *in house*, a capitale interamente pubblico e partecipata dall'ente affidante.

In tale sistema la regola generale è l'esternalizzazione dell'affidamento del servizio, e il ruolo dell'amministrazione risulta essere quello di mero controllore della realizzabilità di una gestione concorrenziale, mentre la gestione diretta da parte dell'ente è invece relegata ad un'ipotesi eccezionale¹⁹.

Tale quadro ha trovato conforto da ultimo con gli interventi legislativi del 2016. In particolare, con il d.lgs. 50 del 2016 (Codice dei Contratti pubblici) e poi con il d.lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che seppur destinati a specifici settori sembrano privilegiare, come principio generale, l'apertura al mercato.

3. Gestione diretta o gestione indiretta: le ragioni della legittimità sostanziale della scelta.

La sentenza del Consiglio di Stato consente di rimeditare gli approdi raggiunti sino ad ora dalla dottrina.

¹⁸ Sul punto A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 247 ss., in cui si evidenzia che "la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011, ma già la sentenza Corte cost. n. 325 del 2010, presenta tre punti decisamente innovativi, che consentono una riflessione più ampia sul diritto pubblico europeo dell'economia: 1) si smentisce che il diritto europeo imponga agli Stati membri di privatizzare i servizi pubblici locali; 2) si riconosce l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, alternativo al diritto dei mercati e della concorrenza; 3) si riconosce ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto UE che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale"

¹⁹ H. Bonura, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali*, H. Bonura e M Cassano (a cura di), Torino, 2011, p. 89 ss.

La contrapposizione tra gestione diretta e liberalizzazione sembra essere più che il frutto di rapporto tra regola ed eccezione, esprimere una mera descrizione del fenomeno di gestione dei servizi pubblici locali, ma non chiarisce il momento della scelta: questa, secondo la ricostruzione del giudice amministrativo, è lasciata alla discrezionalità della pubblica amministrazione²⁰.

L'apertura al mercato non è la *causa* della gestione del servizio pubblico locale, ma è la conseguenza della scelta operata dall'ente: nel caso di specie, la costituzione dell'Azienda speciale risponde innanzitutto all'esigenza per gli enti locali di poter gestire direttamente un servizio.

L'apertura al mercato si avrà nella misura in cui l'ente avrà consapevolmente stabilito che essa è la migliore soluzione da perseguire per la cura dell'interesse pubblico.

In proposito, si scontrano quindi le posizioni di chi in omaggio al principio comunitario della concorrenza, continua a ritenere che l'apertura al mercato sia lo strumento che garantisce la maggiore efficacia del servizio e dall'altro, quelle di chi sostiene che in relazione al servizio pubblico, la gestione pubblica sia quella più idonea a rispondere all'esigenze dell'utenza, rendendo di fatto il servizio fruibile a tutti ad un costo inferiore²¹.

Non può negarsi che un ruolo importante ai fini della scelta è dettato anche da questioni di natura economica.

Infatti, l'apertura al mercato, e quindi la scelta di affidare la gestione del servizio pubblico ad un soggetto privato, è certamente un modo di garantire la funzionalità del servizio: poiché il privato opera secondo la logica del profitto, e quest'ultimo nel caso del servizio pubblico coincide con il costo del servizio, l'interesse del privato è di far rendere al massimo il servizio per massimizzare il profitto.

In una logica di mera efficienza, la migliore resa del servizio avrebbe così risvolti positivi anche sulla qualità del servizio stesso: il che si tradurrebbe in vantaggi per l'utenza che

²⁰ A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, n. 2 /2019.

²¹ Così il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2008 n. 1: «l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: da una parte sottrae al libero mercato quote dei contratti pubblici nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso, dall'altra si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto vantaggio garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizione di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come particolarmente competitiva, con conseguente alterazione della par condicio».

In senso opposto si vede tra gli altri A. Lucarelli, *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, cit., p. 288.

potrebbe in tal modo di fruire di un servizio davvero efficiente²².

Sotto altro profilo, però, può osservarsi che siccome il guadagno è dato dal canone che deve essere pagato dall'utente, può verificarsi che il prezzo del servizio sia eccessivamente oneroso per l'utente²³.

In definitiva, la gestione privata se da un lato in teoria potrebbe consentire la migliore funzionalità del servizio ispirata dalla logica del profitto, dall'altra essa potrebbe portare con sé problemi di accessibilità del cittadino al servizio stesso.

Nell'ipotesi alternativa di gestione diretta del servizio, di stampo pubblicistico, vi è la possibilità di garantire una gestione meno onerosa per l'utenza e al tempo stesso accessibile a tutti²⁴.

Tuttavia è vero che tale gestione può scontrarsi con la scarsità delle risorse in capo alle amministrazioni pubbliche, che potrebbe rendere eccessivamente difficile, se non addirittura impossibile la gestione del servizio, comportando di conseguenza l'inefficienza e l'efficienza dello stesso, ma è altrettanto vero che la gestione diretta di alcuni servizi pubblici è quella più aderente al dettato costituzionale e alla tutela degli interessi collettivi²⁵.

Ecco che si manifesta in tutta la sua evidenza il punto fondamentale della sentenza in argomento: ai fini delle modalità di gestione del servizio pubblico rileva esclusivamente la scelta dell'amministrazione interessata.

Tale scelta costituisce tipica manifestazione della discrezionalità (non sindacabile in sede di legittimità, salvo che non sia manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole, irrazionale).

È così superato l'impianto tradizionale della disciplina secondo cui la regola generale sulle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici sia quella della concorrenza, imponendo l'obbligo di aprirsi al mercato e di scegliere attraverso una procedura di evidenza pubblica il partner privato a cui affidare il servizio.

²² Sulla maggiore accessibilità del servizio si legga A. Napolitano, *Economia sociale di mercato e tutela dei diritti*, Torino 2019 p. 95 ss.

²³ Tale situazione inciderebbe sull'universalità del servizio, ovvero sulla necessità che tale servizio sia fruibile per tutti gli utenti.

²⁴ Sulle linee fondamentali su cui si muovono i servizi pubblici si veda G.P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5/2016, p. 1067, in cui si evidenzia che sono due: "garantire la coesione sociale e territoriale, salvaguardare la competitività dell'economia europea, applicandosi anche in tale settore le regole della concorrenza; il che genera l'immanente ricerca di un equilibrio mobile, a prescindere da norme derogatorie".

²⁵ L. Longhi, *cit.*, p. 188 ss.

Questa impostazione risulta essere una affermazione astratta e meramente descrittiva del fenomeno: il punto fondamentale riguarda, invece, la scelta dell'ente di individuare in concreto, tra le diverse modalità di gestione del servizio pubblico, quella più idonea per assicurare un servizio efficiente ed efficace e garantire la più ampia fruizione da parte di tutti i cittadini²⁶.

È chiaro come la scelta di come affidare e gestire un servizio pubblico rientra nella discrezionalità dell'azione amministrativa²⁷.

Può aggiungersi che tali conclusioni potevano già essere intuite con una lettura approfondita delle norme del Testo Unico degli enti locali (in particolare art 112 e ss).

Nello specifico, l'art 113, d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) individuando le forme di gestione dei servizi pubblici non impone alcuna preferenza nella scelta, ponendo tutte le forme sullo stesso livello, demandando all'amministrazione di riferimento la scelta²⁸.

²⁶ Si veda sul punto T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, n. 4209 del 2019 in cui si afferma che: «quanto al lamentato contrasto dell'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 con i principi comunitari di tutela della concorrenza e di affidamento concorrenziale dei servizi pubblici, si osserva che né nelle disposizioni del TFUE né nel testo delle direttive n.ri 23, 24 e 25 del 2014 è rinvenibile un indicatore di preferenza in favore del ricorso al libero mercato, cioè in favore di un modello gestionale dei servizi pubblici esternalizzato, risultando viceversa equiordinato a quest'ultimo, e rimesso essenzialmente alla scelta discrezionale dell'ente pubblico titolare del servizio, il modello gestionale internalizzato, realizzabile attraverso la gestione in economia della stessa amministrazione o la gestione societaria *in house*. Lo stesso art. 106 del TFUE, invocato dalla ricorrente, ammette in effetti che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale – cui potrebbe essere al limite assimilata l'ADER in qualità di ente pubblico economico investito per legge delle attività di riscossione delle entrate tributarie – possano operare in ambiti non totalmente concorrenziali, quando ciò sia reso necessario dal perseguimento dei loro fini istituzionali. Pertanto, ragionando nell'ottica comunitaria e facendo tesoro del quadro di riferimento ultimamente delineato dalle citate direttive del 2014, si può ben affermare che, in materia di affidamento dei servizi pubblici, il principio di concorrenza trova temperamento nel principio di gestione internalizzata, visto come modalità alternativa di espletamento del servizio e non come eccezione. Ne discende che non può individuarsi in capo all'art. 2, comma 2, del decreto legge n. 193/2016 – che consente agli enti locali di ricorrere ad una particolare forma di gestione internalizzata del servizio di riscossione, appunto delegata ad altro ente avente tale compito istituzionale e facente parte del sistema allargato della pubblica amministrazione – alcun possibile profilo di incompatibilità con il diritto comunitario in relazione agli ambiti di indagine sottoposti all'attenzione di questo giudice».

²⁷ Si veda G. Taglianetti, *cit.*, p. 143 ss, il quale analizzando il principio di libera amministrazione sancito dall'art 2 della direttiva 2014/23/UE, evidenzia come le amministrazioni sono libere “di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

²⁸ Art 113 TUEL: 1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:
a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

È da ribadire che le osservazioni svolte non contrastano con i principi di stampo comunitario tra cui quello della concorrenza, perché questi rimangono applicabili nella fase di scelta della modalità di gestione del servizio pubblico: d'altra parte però, sottolineano la centralità dei poteri decisionali dell'ente e sono rispettosi del principio di democraticità²⁹. Questo vuol dire che l'amministrazione nell'esercizio delle funzioni pubbliche, tra cui rientra la cura dei servizi pubblici locali, deve essere messa nelle condizioni di scegliere la soluzione migliore per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto della normativa di stampo comunitario, essendo il soggetto pubblico più vicino all'interesse da tutelare³⁰.

Ne deriva che non può ravvisarsi nessun obbligo dell'amministrazione di doversi necessariamente aprire al mercato, bensì sussiste un obbligo di individuare la soluzione per la gestione del servizio che mette in equilibrio la doverosità dello stesso con l'interesse dell'utente a fruire del servizio³¹.

Questa lettura è anche suffragata dal richiamo sia i principi fondamentali della Carta Costituzionali, sia i principi generali dell'azione amministrativa.

In particolare, con riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione che sanciscono i principi di solidarietà ed uguaglianza, si deve evidenziare come la scelta di una gestione diretta di un servizio possa costituire lo strumento più idoneo a garantire a tutti la fruizione del servizio in modo indiscriminato, assicurando contemporaneamente solidarietà ed uguaglianza³².

Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, secondo cui il fine pubblico deve

f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116.

²⁹ Si veda sul punto A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico Europeo*, Napoli, 2016, p. 155 ss, in cui si evidenzia che dagli artt. 14 e 106 comma 2 TFUE, emerge come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha valore assoluto, ma è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche.

³⁰ Sul punto si legga Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, «L'autorità pubblica, in virtù del principio di libera amministrazione, può discrezionalmente scegliere come devono essere gestiti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, vale a dire: mediante il ricorso al mercato – individuando l'affidatario mediante gara ad evidenza pubblica; attraverso il partenariato pubblico-privato, ossia per mezzo di una società mista con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio e per la gestione del servizio; attraverso l'affidamento in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo».

³¹ A. Lucarelli, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale*, in F. Fimmanò (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, p. 253.

³² Si veda anche A. Lucarelli, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 883 ss.

essere perseguito con il minimo sacrificio possibile per il privato, ben può essere posto a base della scelta della gestione diretta del servizio, assicurando la fruizione del servizio con il minor sacrificio possibile per l'utenza (nello specifico minori costi).

Peraltro il richiamo al principio di proporzionalità, codificato nella legge 241/1990, è il frutto dell'influenza della normativa comunitaria nel nostro ordinamento, così che la scelta di un affidamento diretto non è un'elusione dei principi comunitari bensì una continua e costante applicazione degli stessi temperata con le finalità pubbliche da perseguire³³.

Nel caso poi esaminato dalla sentenza in questione, la peculiarità della scelta è per così dire enfatizzata per il fatto che l'azienda speciale non nasce solo per il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, ma si propone di svolgere anche i servizi di cura e decoro urbano e del verde pubblico e gestione dei beni comuni individuati nel regolamento comunale, così ampliando l'oggetto dell'interesse pubblico da perseguire.

È fin troppo evidente come solo una gestione pubblica e diretta può assicurare il buon andamento del servizio, in quanto i valori da tutelare necessitano di un'accuratezza tale che un operatore economico privato non riuscirebbe a comprendere perché piegato su una visione prettamente economica e remuneratoria della gestione.

³³ Nel contesto del diritto UE il principio di proporzionalità va certamente collocato fra quei principi generali del diritto che sono stati enucleati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in base al noto metodo della comparazione giuridica. La Corte di giustizia vi ha fatto infatti esplicito riferimento sin dagli esordi della sua giurisprudenza (v. ad es. C. giust., 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, 199 ss.; C. giust., 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*, in *Racc.*, 1962, 917 ss.; C. giust., 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964, 175 ss.) ed esso si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea. Secondo quanto espressamente affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, a tale principio spetta rango costituzionale, quale principio generale finalizzato a limitare le misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore (v. C. giust., 17.12.1970, in C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125 ss.; C. giust., 24.10.1973, in C-5/73, *Balkan-Import-Export*, in *Racc.*, 1973, 1091 ss.). Con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità - limitatamente all'aspetto relativo alla necessità - è stato peraltro inserito direttamente all'interno del Trattato, all'art. 3 B (divenuto poi l'art. 5 TCE), che si riferiva, tuttavia, alla sola attività delle istituzioni comunitarie. In seguito, con il Trattato di Amsterdam del 1997, ai principi di sussidiarietà e proporzionalità è stato dedicato un apposito protocollo, la cui prima disposizione ricalca, sostanzialmente, quella di cui all'art. 3 B, con l'aggiunta, però, della precisazione espressa che l'obbligo di rispetto del principio incombe a «ciascuna istituzione». Il protocollo in questione (ora Protocollo n. 2) è stato ripreso, con alcune modifiche, anche dal Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il 1.12.2009, ha anche sostituito il vecchio art. 5 TCE con l'art. 5 TUE. In sintesi, dunque, nel diritto dell'Unione europea, il principio di proporzionalità si impone sempre come canone di azione: ma, a seconda, dei casi, esso si impone o nella sua qualità di principio generale del diritto UE, riconosciuto come tale dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Ovvero, con riguardo specifico all'azione posta in essere dalle istituzioni UE, esso si impone per via della sua espressa menzione all'interno del Trattato, che limita però il riferimento relativo al solo requisito della necessità. Ne deriva comunque, in entrambe le ipotesi, una sua sovra-ordinazione rispetto alle norme del diritto dell'Unione europea di rango primario.

4. La legittimità formale della scelta di affidare un servizio ad un'azienda speciale.

Anche da un punto di vista prettamente formale, nel caso di specie la scelta del Comune di gestire via diretta il servizio di raccolta e smaltimento rifiuti (e non solo), risulta corretto. In primo luogo, non sussiste un aggiramento del divieto dell'art 14, comma 6, d. lgs. n. 175/2016: secondo tale norma il fallimento di società a partecipazione pubblica incaricata in precedenza di gestire un pubblico servizio impedisce la costituzione di una nuova società partecipata dal medesimo ente per la gestione del medesimo servizio³⁴. Infatti, come si è evidenziato nella ricostruzione del fatto di causa, il servizio oggetto della controversia era in precedenza gestito da una società partecipata, poi fallita.

Giova ricordare che secondo l'attuale normativa (d.l. n. 175/2016) le società a partecipazione pubblica sono considerate società di diritto privato e si applicano a loro le norme del codice civile³⁵.

Questo per sottolineare che l'ente non era già gestore in diverso modo del servizio, né tantomeno la precedente gestione, tramite una società partecipata, può essere un elemento da cui far desumere l'incapacità dell'ente di gestire il servizio.

Come si è ricordato, infatti, le società a partecipazione, benché uno dei soci sia un soggetto pubblico, sono formalmente società di diritto privato. Al più questo è un ulteriore argomento per sostenere che non sempre la gestione privata, quindi di un soggetto imprenditoriale, riesca a garantire la massima efficienza del servizio, cosa sostenuta da chi ritiene imprescindibile l'apertura al mercato anche per i servizi pubblici.

Inoltre il divieto sancito dall'art 14 comma 6 del Testo Unico opera solo nel caso in cui venga riproposta la medesima modalità di gestione.

Nel caso di specie, l'ente dopo aver gestito in via indiretta il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti in via indiretta, tramite una società partecipata, ha compiuto una

³⁴ Art. 14 comma 6 del d. lgs. 175 del 2016, "Nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita".

³⁵ M. Lungarella, *Il socio pubblico e il controllo sulle società a partecipazione pubblica*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche*, Napoli, 2019, in tema di natura delle società a partecipazione pubblica, 55 ss.

scelta diametralmente opposta, optando per una gestione diretta attraverso la costituzione di un'azienda speciale.

Le caratteristiche di quest'ultima rispetto alle società a partecipazione pubblica sono completamente diverse, in quanto la prima è un ente pubblico strumentale, i cui organi sono il consiglio di amministrazione, il presidente, il direttore ed il collegio dei revisori dei conti. Anche il regime giuridico è diverso: l'azienda speciale opera infatti attraverso atti e provvedimenti assunti in forma pubblicistica, rispetto ad una società partecipata che opera ordinariamente in regime di diritto privato³⁶.

L'aspetto più significativo dell'azienda speciale è, poi, la relazione con l'amministrazione controllante: essa è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale, ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa un penetrante potere di indirizzo e di vigilanza che si concretizza nell'individuazione dei fini da perseguire, nella nomina degli organi, nel potere di approvazione degli atti fondamentali e nella verifica dei risultati di gestione³⁷.

Si evidenzia in tal modo sia l'autonomia dell'azienda speciale, ma soprattutto il rapporto che lo lega all'ente locale di appartenenza, che lo fa qualificare come *amministrazione parallela*.

Si parla di *doppia anima* dell'azienda speciale, una legata all'attività di impresa, l'altra all'imprescindibile rapporto di collegamento con l'ente locale.

Sembra che davvero la scelta di costituire un'azienda speciale permette all'ente locale di perseguire il pubblico interesse nel modo migliore possibile ed allo stesso tempo assicurare il servizio all'utenza³⁸.

L'azienda speciale è il modello di gestione più vicino alla completa internalizzazione del servizio, simile alle società in house, nel senso di *longa manus* della pubblica amministrazione.

³⁶ Per una approfondita analisi dell'azienda speciale L. Longhi, cit., p. 149 ss.

³⁷ T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 06/07/2019, n.1558 «Ai sensi dell'art. 5 comma 1 del codice dei contratti, è possibile l'affidamento "in house" ad una persona giuridica se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercitano sulla persona giuridica stessa un "controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi", vale a dire che la società in house costituisce una sorta di ente strumentale della stazione appaltante, praticamente quasi un suo "braccio operativo"; secondo la giurisprudenza amministrativa, la verifica dell'esistenza del controllo analogo deve essere effettuata in concreto, considerato che: [...] il controllo analogo richiesto per configurare l'inhouseproviding si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia».

³⁸ Per una lettura più approfondita F. Staderini, *Diritto degli enti locali*, Firenze, 2018.

Infine, la correttezza dell'operazione oggetto della pronunzia del Consiglio è suffragata anche dalla motivazione di tale scelta.

In considerazione dello stretto rapporto che sussiste tra l'azienda speciale e l'ente locale tale da realizzare un'amministrazione parallela in modo simile a quanto avviene in tema di società *in house*, il Comune di Latina ha utilizzato come parametro di riferimento per giustificare l'operazione l'art 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016³⁹.

La norma, nello specifico, detta le modalità con cui è possibile la deroga alla concorrenza, e come affidare un servizio senza espletare la procedura di evidenza pubblica. In particolare la norma pone due condizioni: 1) l'amministrazione deve motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato 2) l'amministrazione deve indicare i benefici connessi a tale scelta.

Nel caso di ABC Latina il Comune con la delibera di costituzione assolve in maniera efficace e puntuale a tale obblighi, mediante l'allegazione di tabelle contenenti i costi del servizio affidato all'azienda speciale dimostrative, a sua valutazione, della congruità economica degli stessi, con la necessità di sperimentare un nuovo approccio all'esecuzione del servizio di raccolta dei rifiuti, con riduzione dei costi del servizio, e conseguente riduzione della tariffa imposta ai cittadini, nonché per la necessità di procedere al reinvestimento degli utili nel miglioramento degli standard qualitativi del servizio. Emerge come anche in relazione a tale ultimo profilo è perfettamente legittimo l'operato dell'amministrazione di costituire una azienda speciale ed affidargli quel servizio.

5. Osservazioni conclusive.

La sentenza in commento sembra aver superato definitivamente la pluriennale diatriba

³⁹Art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016: «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 conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. [3] Sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità, alle, disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162».

dell'obbligatoria apertura al mercato in riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴⁰.

Già dall'analisi della normativa di riferimento sembra emergere un regime di indifferenza in relazione alla modalità di affidamento del servizio.

In primo luogo, in relazione alla normativa interna, in particolare dalla lettura dell'art. 43 Cost., e degli artt. 112 e ss. TUEL, emerge un'indifferenza del legislatore per la miglior forma di gestione⁴¹.

In secondo luogo, anche dalle norme del trattato (in particolare gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE), emerge come alcuni servizi di preminente rilevanza debbano essere affidate in via diretta per garantire finalità sociale e il perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza.

Ne deriva dunque che la possibilità di superare il principio di concorrenza è possibile al ricorrere di alcuni presupposti come l'efficacia delle prestazioni per i fini di interesse pubblico, l'equilibrio di bilancio e, soprattutto, la realizzazione del valore della solidarietà (sempre secondo il principio di proporzionalità delle misure legislative nazionali)⁴².

Il quadro normativo europeo, infatti, non esclude in radice l'autoproduzione del servizio: anzi, l'art. 106.2 del TFUE, riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale,

⁴⁰ Sulla possibilità per gli Enti di governo d'ambito di affidare in via diretta il servizio idrico ad una società in house providing anche con partecipazione di capitale privato si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019 n. 1389, che ha sancito il seguente principio di diritto: «La partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. Nel caso di specie, inerente il settore dei servizi idrici, la partecipazione di privati è preclusa poiché, per un verso, la norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico è l'art. 149-bis del codice dell'ambiente che chiaramente lo esclude e, per altro verso, manca una norma di legge che espressamente lo prescriva. Pertanto, sino a quando una specifica disposizione di legge nazionale, diversa dagli articoli 5 d. lgs. 50/2016 e 16 d. lgs. 175/2016, infatti, non prescriverà che i privati partecipino ad una società in house - indicando anche la misura della partecipazione, la modalità di ingresso del socio privato, il ruolo all'interno della società e i rapporti con il socio pubblico - l'apertura dell'inhouse ai privati deve ritenersi esclusa. Non può giungersi a diversa conclusione, in considerazione del richiamo all' "ordinamento europeo" che vi è nell'art.149 bis Cod. amb. perché, proprio l'ordinamento europeo richiamato, impone una specifica previsione nazionale che prescriva (e disciplini) la partecipazione dei privati alle società in house (in termini analoghi i già richiamati articoli 5 Codice dei contratti pubblici e 16 d. lgs. 175/2016)».

⁴¹ T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 01/07/2019, n.613 «La scelta preliminare del ricorso all'*in house* costituisce una legittima modalità di esercizio di un servizio pubblico locale di rilevanza economica e costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, alternativo rispetto all'affidamento mediante selezione pubblica».

⁴² Corte di Giustizia, Causa C113/13 Corte di giustizia, Sez. V, 11 dicembre 2014.

di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza⁴³.

Il limite alla regola della concorrenza, di cui all'art. 106, c. 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, da una lettura armonica con l'art. 14 TFUE e con l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea. Si tratta di una norma che fissa la non assolutezza dell'applicazione delle regole di concorrenza in materia di SIEG e, dunque, indirettamente, la possibilità in talune ipotesi di un ricorso a modelli di gestione diretta⁴⁴.

Infine, se si guarda all'art. 2 direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sembra emergere un principio di libera organizzazione per le pubbliche amministrazioni, in cui non c'è una prevalenza del modello concorrenziale. Si può addirittura ipotizzare che l'analisi sistematica svolta in chiave nazionale ed europea può portare ad affermare che sembra sussistere una equi-ordinazione tra le modalità di affidamento per la gestione dei pubblici servizi. Addirittura tra il modello concorrenziale dell'apertura al mercato e quello dell'autoproduzione sembrerebbe addirittura prevalere quest'ultimo sia per la vicinanza tra il servizio gestito e l'ente gestore, sia per un miglior rapporto costo benefici, e soprattutto per una migliore gestione e qualità del servizio. Si può quindi concludere sostenendo che è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'amministrazione interessata la scelta sulla modalità di affidamento di un servizio pubblico. Non esiste più alcuna graduazione sulle modalità di affidamento, ma in virtù del principio della neutralità delle forme di gestione è il soggetto pubblico che può scegliere il modo più efficace ed idoneo per svolgere quel servizio.

Abstract: il presente contributo analizza l'evoluzione storica delle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici. Nello specifico, si evidenzia come nell'attuale vigenza

⁴³ A. Lucarelli, *cit.* p. 160 ss, e si veda anche R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel Gats e nel Tfeue: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 1/2010, p. 27.

⁴⁴ A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della corte*, in *Foro Amministrativo*, fasc.1/2014, p. 345, in cui si afferma: "è reso chiaro che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE), pubblico o privato, della proprietà, che insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale, come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001".

del quadro normativo tra le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici non esiste una modalità che prevalga sulle altre. In tale contesto si mette in luce l'unico elemento che rileva è la discrezionalità della pubblica amministrazione: solo quest'ultima è in grado di individuare la forma di gestione più idonea alla cura di quel servizio. E che attraverso tale lettura si supera la precedente impostazione che vedeva primeggiare la concorrenza, come principio quasi insuperabile, che torna ad essere regola che come tale può essere derogata a determinate condizioni.

Abstract: This contribution analyses the historical evolution of the way public services are relied upon and managed. In particular, it is pointed out that in the current form of the regulatory framework between the way public services are relied upon and managed, there is no way of prevailing over others. In this context, the only element that is detected is the discretion of the public administration: only the public administration is able to identify the form of management most suitable for the care of that service. This is why, through this reading, we are overcoming the previous approach which saw competition, as an almost insurmountable principle, emerge as a rule which as such can be waived under certain conditions.

Parole chiave: servizi pubblici – forme di gestione – discrezionalità dell'amministrazione – concorrenza – regola.

Key words: public services – management forms – administration discretion – competition – rule.