

Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni

di Roberto Caranta

(in corso di pubblicazione in "Le Regioni", 2011)

1-. A mo' di premessa: un paese paradossale.

L'Italia è un paese paradossale. Tra le competenze legislative esclusive statali, che in teoria avrebbero dovuto essere residuali, l'art. 117, comma 2, lett. p) Cost., come sostituito dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, "Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione", menziona la "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane".

La l. 5 giugno 2003, n. 131, contenente "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3", e nota anche come legge La Loggia, all'art. 2 dispone: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per gli affari regionali, per le riforme istituzionali e la devoluzione e dell'economia e delle finanze, uno o più decreti legislativi diretti alla individuazione delle funzioni fondamentali, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento. 2. Con i decreti legislativi di cui al comma 1, si provvede, altresì, nell'ambito della competenza legislativa dello Stato, alla revisione delle disposizioni in materia di enti locali, per adeguarle alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 [...]».

Ma non è successo proprio nulla, e il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, di approvazione del testo unico sugli enti locali, rimane in vigore.

In compenso, il Parlamento è intervenuto svariate volte in pochi anni per dettare disposizioni in materia di affidamento dei servizi locali al fine conclamato di esporre il settore stesso alla concorrenza, con benefici attesi per le casse pubbliche e per gli utenti.

Mentre l'art. 113, comma 5, del testo unico sugli enti locali, più volte modificato per finalmente allinearli ai principi desumibili dal diritto (allora) comunitario, offriva agli enti locali la scelta tra gestione "pubblica" ed esternalizzazione più o meno spinta, l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, e poi sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. b), d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 135, senza formalmente abrogare, l'art. 113, comma 5, del testo unico sugli enti locali, aveva introdotto una disciplina più restrittiva, la quale imponeva l'esternalizzazione, prevedendo come minimo, il ricorso ad una società mista, il cui socio privato avrebbe dovuto essere scelto in esito ad una gara a doppio oggetto (scelta del socio ed attribuzione dei compiti operativi), stabilendo altresì che la partecipazione del privato non potesse essere inferiore al 40 per cento¹.

L'art. 23 *bis*, invero molto pasticciato, veniva investito dal referendum abrogativo che, politicamente, era stato costruito contro la "privatizzazione dell'acqua", ma che, dal punto di vista giuridico, travolgeva l'intera disposizione².

¹ Sulla tale disciplina B. GILIBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 146 M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1219 ss.

² In argomento I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, e L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, entrambi in *Urbanistica*

Nel frattempo, una sentenza molto articolata della Corte costituzionale, di qualche mese precedente il successo del *referendum*, ha disegnato il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi locali pronunciando su ricorsi in via principale promossi sia da numerose Regioni che dallo Stato³.

E il legislatore ha in larga parte resuscitato l'art. 23 *bis*, con l'art. 4 d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011 n. 148, la seconda "manovra" estiva⁴.

Ormai mossi dalla disperazione, sempre più spesso Governo e Parlamento, con il concorso del giudice delle leggi, intervengono in materie la cui attribuzione è quantomeno dubbia.

In presenza di un regime normativo nazionale che verosimilmente muterà ancora, pare opportuno indagare il rapporto tra disciplina interna dei servizi pubblici locali e disciplina, prima comunitaria, ora dell'Unione europea, sui servizi di interesse economico generale.

Legislatore nazionale e Corte costituzionale, infatti, non mancano di richiamare la normativa europea per sostenere la competenza statale, ma qualche dubbio è consentito sulla correttezza delle ricostruzioni al proposito offerte⁵.

2-. *La disciplina europea dei servizi di interesse generale.*

Com'è noto, dal punto di vista terminologico, il diritto dell'Unione europea non si esprime in termini di servizi pubblici o simili, ma di servizi di interesse generale, ed in particolare di servizi di interesse economico generale, mentre da quello concettuale ignora il dibattito nostrano tra concezione soggettiva ed oggettiva di pubblici servizi⁶.

Secondo il testo dell'art. 14 TfUE (già art. 16 Trattato CE, introdotto in occasione del Trattato di Amsterdam), «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i loro compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi»⁷.

e *appalti*, 2011, rispettivamente 888 e 906.

³ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, sopra, ; la sentenza è stata pubblicata in *Corr. giur.*, 2011, 770, con nota di C.M. AIELLO, *La consulta "salva" la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*; in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 484, con nota di L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e in *Urbanistica e appalti*, 2011, 48, con nota di S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*.

⁴ Si veda I. RIZZO, *I servizi pubblici dopo il d.l. 138/2011*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 1398.

⁵ E non è la prima volta: sia consentito rinviare a R. GARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 2004, 990.

⁶ Come osserva D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371, «È in corso un mutamento nella disciplina dei servizi pubblici che sembra tale da coinvolgere anche le rappresentazioni giuridiche del fenomeno e le parole che lo designano»; dello stesso Autore *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1.

⁷ Ancora D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici*, cit., 3 ss., nonché, più recentemente, U. NEERGAARD, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive – What is Left Out, Why and Where to*

In altri termini, si mantiene la responsabilità degli organi nazionali nell'erogazione e nel finanziamento dei servizi economici di interesse generale, ma allo stesso tempo si prevede in modo espresso un nuovo titolo di competenza in capo alle istituzioni europee per disciplinare i principi e le condizioni per la fornitura e il finanziamento dei servizi stessi⁸.

La disposizione deve essere letta alla luce del Protocollo sui servizi di interesse generale aggiunto al Trattato. Gli Stati membri, «desiderando sottolineare l'importanza dei servizi di interesse generale», hanno offerto alcune indicazioni circa i valori comuni dell'Unione in relazione al settore dei servizi di interesse economico, affermando che essi «comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampio 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;
- la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;
- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Tali precisazioni, importanti per salvaguardare il potere dei Paesi membri di individuare i servizi che intendono considerare come pubblici nonché il livello territoriale al quale intendono prestarli, non paiono incidere sulla decisione politica di fondo di definitivamente attrarre nella disciplina europea gli aspetti relativi alle modalità di scelta dei soggetti chiamati a prestare il servizio nel rispetto delle regole di concorrenza⁹.

Il Protocollo generalizza così talune delle disposizioni che definiscono l'ambito di applicazione della discussa Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno¹⁰.

Diverso trattamento è riservato ai servizi di interesse generale non economico. Il protocollo, infatti, stabilisce che «Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico». Nello stesso senso va anche la Direttiva 2006/123/CE: in base all'art. 2, comma 2, lett. a), essa non si applica ai servizi non economici d'interesse generale¹¹.

Go?, in U. NEERGAARD, R. NIELSEN and L.M. ROSEBERRY (eds.), *The Services Directive*, Copenhagen, DJØF, 2008, 99 ss.; S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2008, 174 ss.; J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 170.

⁸ In dottrina, facendo riferimento alla giurisprudenza, si era già rilevato che la fissazione da parte di istituzioni europee dei criteri generali di fornitura del servizio costituisse «una comunitarizzazione dell'individuazione degli interessi generali dei cittadini che richiedono deroghe ai principi di concorrenza»: V. SOTTILI, *L'art. 86 del trattato CE*, in L.G. RADICATI DI BROZOLO (cur.), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001, 60.

⁹ Si veda E. MOAVERO MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. BESTAGNO e L.G. RADICATI DI BROZOLO (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007, 27, 93, secondo il quale il Protocollo sarebbe «più che rivelatore di un'accresciuta attenzione, tanto politica che giuridica». Secondo la Comunicazione della Commissione CE del 20 novembre 2007 su «I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo, COM(2007) 725 def, punto 2: «spetta fondamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale [...]. Al contempo, i fornitori di tali servizi devono rispettare le norme stabilite dal trattato CE e dal diritto UE derivato, ove applicabili».

¹⁰ Si vedano gli scritti raccolti in F. BESTAGNO e L.G. RADICATI DI BROZOLO (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, cit., e U. NEERGAARD, R. NIELSEN and L.M. ROSEBERRY (eds.), *The Services Directive*, cit.

¹¹ Si vedano C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market L. Rev.*, 2008, 344, e B. NASCIBENE, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO e L.G. RADICATI DI BROZOLO (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, cit., 50.

Quanto alla distinzione tra interesse generale economico o meno, secondo la Commissione «ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica»¹². La Commissione, peraltro, sottolinea che la distinzione tra servizi di interesse generale aventi o meno carattere economico ha carattere evolutivo e dinamico, determinati servizi potendo essere attratti nell'orbita del mercato in seguito all'evoluzione del quadro economico¹³.

Su tale base, nessuna istituzione nazionale o infranazionale può pretendere di offrire la definizione di servizi di interesse generale, economici o meno. Tale constatazione mette in dubbio, sul punto, la saldezza sia del ragionamento che delle conclusioni cui giunge la già menzionata sentenza della Corte costituzionale. Una delle Regioni ricorrenti aveva negato che spettasse allo Stato individuare la distinzione tra i due tipi di servizi. Secondo la Corte, tuttavia, «Poiché l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell'ordinamento comunitario nel promuovere l'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio (rilevanza che, come più volte sottolineato, corrisponde per il diritto interno all'interesse economico considerato dal diritto comunitario)»¹⁴.

Si passa così da un preteso divieto di individuazione della distinzione incombente sugli Stati membri e sulle loro articolazioni territoriali ad una competenza dello Stato ad effettuare la distinzione mentre il divieto rimane solo per le Regioni!

In realtà, è la premessa ad essere contestabile. Ogni istituzione statale o sub-statale, nell'ambito delle proprie competenze legislative e a volte anche amministrative, sarà chiamata a qualificare i servizi in questione in base ai parametri fissati a livello europeo e sotto il controllo delle istituzioni dell'Unione, uniche competenti a dire l'ultima parola in questione¹⁵.

Il problema, dunque, è quello delle competenze interne, sulle quali si tornerà a suo luogo, ma in nessun modo il diritto europeo può essere invocato per fondare in proposito una competenza dello Stato. D'altra parte, esclusa la malafede, considerate le plurime procedure di infrazione che hanno vista coinvolta la Repubblica italiana, solo qualcuno molto ingenuo potrebbe seriamente credere che lo Stato dia più garanzie delle Regioni che la distinzione sia tracciata "oggettivamente" ed escludendo ogni "discrezione".

3-. *Regole europee circa la modalità di prestazione dei servizi di interesse economico generale.*

Spetta dunque esclusivamente agli Stati membri, o meglio alle loro articolazioni competenti secondo il diritto interno, individuare quali servizi rispondono all'interesse generale, mentre per quanto riguarda la loro organizzazione, fermi "il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali", il diritto dell'Unione europea introduce un certo numero di vincoli.

¹² COM(2003) 270 def., punto 44; citata è Corte giust. CE, 12 settembre 2000 (in cause riunite C-180-184/98) *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, in *Racc.*, 2000, I-6451.

¹³ *Ibidem*, punti 45 ss; la Commissione rileva che «il futuro dei servizi non economici di interesse generale, siano essi connessi a prerogative dello stato o a settori sensibili quali la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali, pone questioni su scala europea, quali quella del contenuto del modello europeo di società. Il ruolo attivo degli enti di beneficenza, di volontariato e delle organizzazioni umanitarie spiega in parte l'importanza che i cittadini europei attribuiscono a tali temi» (punto 47).

¹⁴ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, *cit.*, punto 9.2.

¹⁵ Si veda anche L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale*, *cit.*, 491.

Fornitura diretta e *outsourcing* sono entrambi considerati legittimi strumenti di fornitura dei servizi di interesse economico generale e la scelta in proposito è interamente rimessa alla libera scelta dei competenti organi dei Paesi membri in linea con l'art. 345 TfUE, il quale esprime la neutralità dell'ordinamento europeo rispetto alla scelta tra proprietà pubblica o privata¹⁶.

La Corte di giustizia ha costantemente affermato che «Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»¹⁷. Così, ad esempio, legittimamente un ente pubblico fornisce servizi di trasporto d'urgenza in ambulanza nell'esercizio delle proprie competenze, derivanti direttamente dalla legge; né la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere implica che le prestazioni di servizi in questione rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici che debba essere esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato¹⁸.

Carattere eccezionale nello schema del diritto europeo assumono invece le possibilità di affidamento diretto di lavori o servizi a soggetti giuridicamente terzi rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici. Il motivo è facilmente intuibile: l'affidamento a terzi è da qualificarsi, in linea di principio, quale *outsourcing*. Solo eccezionalmente, può essere equiparato ad una scelta di autoproduzione. Non può dunque sorprendere che la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia progressivamente orientata in senso sempre più restrittivo circa le condizioni di legittimità del ricorso all'*in house*, ovvero dell'affidamento diretto di funzioni e compiti a persone giuridiche (normalmente società) nelle quali l'amministrazione aggiudicatrice abbia una qualche forma di partecipazione¹⁹.

La nozione di legittimo affidamento diretto è stata così costruita con grande prudenza, facendo riferimento ai requisiti del controllo analogo da parte

¹⁶ Ad es. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2011, pp. 27 e 232 ss.; F. AVARKIOTI, *The Application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements to "In-house" Arrangements*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, p. 22; D.U. GALLETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, pp. 22 s.

¹⁷ Punto 48 della motivazione di Corte giust. CE, 11 gennaio 2005 (causa C-26/03), *Stadt Halle*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, 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 mista*; in *Foro amm. CdS*, 2005, 665, con nota 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 *Foro it.*, 2005, IV, 136, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1004, con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

¹⁸ C. giust. CE, 18 dicembre 2007 (in causa C-532/03), *Commissione CE c. Irlanda*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 293, con nota di R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit, e disciplina dei contratti pubblici di servizi*; in *Foro amm. CdS*, 2008, 1976, con nota di M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario?*; a commento anche A. BROWN, *Application of the Directives to Contracts to Non-for-profit Organisations and Transparency under the EC Treaty: A Note on Case C-119/06 Commission v Italy*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, p. NA96, e A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, p. 1453.

¹⁹ *Amplius* M. COMBA and S. TREUMER (edds.), *The In House Providing in European Law*, Copenhagen, DJØF, 2010; adde R. CAVALLO PERIN and D. CASALINI, *Control over In house Providing Organisations*, in *Public Procurement L. Rev.*, 2009, p. 227; G. STANCANELLI, I. MOSCARDI e R. DE NICTOLIS, *Gli affidamenti in house*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. I, p. 307, ove anche riff. ad un progetto di disciplina dell'*in house* nel Codice dei contratti pubblici (348 ss.); F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI (curr.), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 231, e in ogni caso lo scritto pionieristico di D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003.

dell'amministrazione aggiudicatrice sulla persona giuridica *de qua* e della destinazione prevalente dell'attività di quest'ultima a favore della controllante²⁰. In altri termini, in presenza di tali requisiti mancherebbe quell'alterità tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'altro contraente presupposto dalla definizione di contratto²¹, e, ancor più, dalla *ratio* dell'intervento normativo europeo, di garantire trasparenza e *par condicio* nel mercato degli appalti²²: «Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici»²³.

Su questa base, non può che ritenersi errato il primo passaggio argomentativo della già richiamata sentenza della Corte costituzionale secondo la quale la nozione di servizio economico di interesse generale, al pari di quella nazionale di servizio pubblico locale, avrebbe la «funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica»²⁴.

E d'altra parte, nella sentenza *Altmark*, che costituisce il *leading case* nella materia, ma che, per ragioni che non è dato comprendere, non figura tra quelli citati dalla stessa sentenza della Corte costituzionale, la Corte di giustizia individuò ipotesi alternative all'affidamento con gara ai fini peraltro – si noti – di escludere la configurabilità come aiuto di Stato dell'attribuzione diretta del compito di prestare un servizio²⁵.

4-. Aiuti di Stato e servizi di interesse economico generale.

La disciplina europea dei servizi di interesse generale richiamata in precedenza costituisce infatti una relativamente recente novità. L'espressione “servizi di interesse economico generale” è però stata presente nei Trattati sin dall'inizio, l'istituzione della CEE, nel contesto, appunto delle disposizioni in materia di aiuti di Stato²⁶.

²⁰ Si rinvia a R. CARANTA, *The In House Providing: The Law as It Stands in the EU*, in M. COMBA and S. TREUMER (eds.), *The In House Providing in European Law*, cit., 13 ss.

²¹ F. ROLIN, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, in *Act. Jur. Dr. Adm.*, 2005, 899, ricorda l'esistenza di precedenti del *Conseil d'Etat* francese nello stesso senso.

²² P. LOTTI, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1050, il quale esattamente osserva che «nei confronti di un soggetto controllato e che svolge la sua prevalente attività per il soggetto controllante, non sarebbero ravvisabili situazioni di pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici e per il rispetto delle regole di concorrenza».

²³ Punto 48 della motivazione di C. giust. CE, 11 gennaio 2005 (causa C-26/03), *Stadt Halle*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, 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 mista*; in *Foro amm. CdS*, 2005, 665, con nota 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 *Foro it.*, 2005, IV, 136, con nota di R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1004, con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*; si veda anche F. ROLIN, *Les étrangers dans la maison*, cit., 898.

²⁴ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit., punto 6.1.

²⁵ Corte giust. CE, 24 luglio 2003 (in causa C-280/00), *Altmark*, in *Racc.*, 2003, I, 7747.

²⁶ J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., 170; lo stesso Autore vede nella disposizione «the normative locus for the balancing of market and non-market values»; in argomento anche D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici*, cit., 12 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, in part. 1079 ss.

L'art. 106, comma 2, del TfUE prevede una condizionata sottrazione dall'applicazione delle disposizioni del TfUE, ed in particolare di quelle in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato, delle imprese, non importa se pubbliche o private, incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale²⁷.

In base alla disposizione in questione, che trova corrispondenza nell'art. 8 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, la legge *antitrust*²⁸, «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità»²⁹.

La disposizione è dettata in relazione alla questione degli aiuti di Stato, un regime speciale essendo riservato alle somme corrisposte dalle autorità pubbliche alle imprese incaricate di pubblici servizi in quanto siano strumentali per lo svolgimento dei servizi stessi. Da questo punto di vista, è difficile negare il carattere eccezionale, e derogatorio, della disposizione³⁰, che quindi merita un'interpretazione restrittiva³¹.

Per quanto qui interessa, tuttavia, la disposizione tende a restringere la creazione di regimi non concorrenziali a favore di imprese, si ripete, non importa se pubbliche o private, incaricate della gestione dei servizi in questione, non certo a imporre l'esternalizzazione.

La Corte di giustizia è stata più volte chiamata a decidere se i regimi dettati da diversi Paesi membri a favore di imprese incaricate di gestire servizi economici di interesse generale fossero o meno compatibili con il Trattato. La lettura dell'evoluzione della giurisprudenza dei giudici comunitari, oggi dell'Unione, in materia non è agevole, e spesso porta a valutazioni contrastanti, ad esempio sulla questione se le somme legittimamente corrisposte a titolo di compensazione siano o no qualificabili come aiuti di Stato ancorché legittimi³², questioni che però assumono rilievo marginale in questa sede³³.

L'attenzione deve invece concentrarsi sulla circostanza che non rappresentano illegittimi aiuti di Stato – o, secondo altra impostazione, non rappresentano aiuti di Stato – le somme corrisposte a prestatori di servizi di interesse generale che siano dirette a compensare il maggior costo derivante dalla sottoposizione dei prestatori stessi all'obbligo

²⁷ Prima informazione in A. ALEMANNI, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 197 s.

²⁸ Per la cui analisi si rinvia a S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 169 ss.

²⁹ *Amplius* J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., 170 ss.

³⁰ Secondo E. MOAVERO MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, cit., 90, la disposizione avrebbe anzi il più ampio scopo, come d'altro canto risulta dal suo stesso tenore letterale, di derogare «al più generale dovere di rigoroso rispetto delle regole comunitarie e in particolare di quelle a tutela della concorrenza e del mercato unico».

³¹ V. SOTTILI, *L'art. 86 del trattato CE*, cit., 38; in senso diverso, però, J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., in part. 172 ss., ove comunque ult. riff. alla dottrina prevalente.

³² Sul punto si è registrata in passato una divergenza tra giurisprudenza del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia e all'interno della *case law* di quest'ultima, per la cui analisi si rinvia a E. MOAVERO MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, cit., 102 ss., e a M. MEROLA, *Il «pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO e L.G. RADICATI DI BROZOLO (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, cit., in part. 119 ss.; la questione è stata risolta da Corte giust. CE, 24 luglio 2003 (in causa C-280/00), *Altmark*, cit., punto 87 della motivazione.

³³ Vedono una chiara prevalenza degli elementi relativi alle specificità dei servizi in questione rispetto alle generali esigenze di libera circolazione e concorrenza V. HATZOPOULOS and T. UYEN DO, *The Case Law of the ECJ Concerning the Free Provision of Services*, cit., 966 ss.; in senso diverso, anche con riferimento all'elaborazione del diritto secondario, J. VAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., in part. 211 s.; un'analisi casistica molto raffinata, della quale si terrà conto in questa sede, è quella di M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, cit., in part. 1222 ss.; si veda anche A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di*

di servizio universale, ovvero alla prestazione del servizio a chiunque lo richieda, anche in assenza di condizioni di remuneratività³⁴.

Il *leading case*, come già accennato, è costituito proprio dalla decisione della Corte di giustizia nel caso *Altmark*. Nella fattispecie, il *Regierungspräsidium* del Magdeburgo aveva rilasciato alla Altmark Trans GmbH delle concessioni relative a servizi di linea su autobus nel *Landkreis* Stendal, riconoscendo delle sovvenzioni pubbliche per l'esecuzione dei servizi stessi. A fronte del ricorso portato da un concorrente, il *Bundesverwaltungsgericht* sollevava un'articolata questione pregiudiziale volta a verificare la legittimità della compensazione ricevuta per gli oneri di servizio pubblico³⁵.

La sentenza riguarda, dunque, un settore specifico, quello dei trasporti, assoggettato ad una disciplina particolare già a livello primario. La decisione della Corte di giustizia, peraltro, individua quattro condizioni presenti le quali una compensazione non può essere considerata un aiuto e, come tale, sfugge all'applicazione dell'allora art. 86, comma 1, del Trattato CE (oggi art. 106 TfUE), senza necessità di verificare se sussistano le ragioni eccezionali che possono legittimare la compensazione in base al comma 2 della stessa disposizione. Secondo la Corte, le «sovvenzioni pubbliche volte a consentire l'esercizio di servizi di linea urbani, extraurbani o regionali non ricadono nella sfera di tale disposizione [l'attuale art. 106, comma 1] qualora debbano essere considerate una compensazione che rappresenta la contropartita delle prestazioni fornite dalle imprese beneficiarie per adempiere obblighi di servizio pubblico. Ai fini dell'applicazione di tale criterio incombe al giudice a quo verificare il ricorrere delle seguenti condizioni: - in primo luogo, l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; - in secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; - in terzo luogo, la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; - in quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento»³⁶.

Formalmente, la pronuncia della Corte di giustizia incide sull'interpretazione ed in particolare sull'area di applicazione dell'art. 106, comma 1, TfUE, e quindi sulla nozione di aiuto. Tuttavia, disegnando un'area di legittimo riconoscimento di compensazioni di oneri di servizio pubblico, la giurisprudenza finisce per limitare l'area di applicazione del comma 2. In altri termini, solo una compensazione legittima ai sensi dei criteri della giurisprudenza *Altmark*, non è aiuto di Stato ai sensi dell'art. 106, comma 1, e comunque è giustificata ai sensi del comma 2 dello stesso articolo³⁷.

stato, in *Dr. pubbl.*, 2010, 233 ss.

³⁴ Più articolata ricostruzione di questa complessa materia in D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, cit., 900 ss.

³⁵ Corte giust. CE, 24 luglio 2003 (in causa C-280/00), *Altmark*, cit.

³⁶ Punto 95 della motivazione, che riprende i punti 89 ss.

³⁷ Pur essendo partito dal riconoscimento di una differenza tra l'area di applicazione dell'allora art. 86, comma 1, secondo la giurisprudenza *Altmark*, e quella dell'art. 86, comma 2, anche M. MEROLA, *Il «pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, cit., 139 s., ammette che, in fin dei conti i quattro criteri si applicano nei due casi; per rinvio alla giurisprudenza si veda L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 117 s.

Lasciando da parte l'individuazione degli strumenti che consentono di garantire legittimamente la fornitura al pubblico di un servizio non remunerativo anche nel caso si sia deciso di affidare la fornitura stessa ad un operatore economico, in questa sede è sufficiente ribadire che la disciplina europea, compresa quella sugli aiuti di Stato, in coerenza con l'art. 345 del TFEU, non impone l'esternalizzazione dei servizi di interesse economico generale³⁸.

Talvolta certo le istituzioni europee hanno adottato disposizioni di armonizzazione nel senso della graduale liberalizzazione dei mercati, pur con il riconoscimento di obblighi minimi di servizio pubblico (si pensi ai servizi forniti dalle grandi industrie a rete, come sono molte delle *utilities*); ma anche l'evidente rilevanza transfrontaliera ed il conseguente prioritario rapporto con la formazione del mercato interno non ha condotto – né avrebbe potuto condurre – ad imporre la privatizzazione o l'esternalizzazione.

5-. C'è armonizzazione ed armonizzazione.

Posto che in nessun modo il diritto dell'Unione europea limita la scelta dell'autoproduzione, purché sia vera (nel senso che non coinvolga la partecipazione di capitale privato), la questione si è posta se i legislatori interni possano invece legittimamente – dal punto di vista del diritto dell'Unione – imporre l'esternalizzazione.

La già più volte richiamata sentenza della Corte costituzionale dà una risposta positiva alla domanda. Secondo il giudice delle leggi, la disciplina dettata a livello europeo, «in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza»³⁹.

L'argomentazione è moltosemplicità, e dà per presupposto che, individuata la *ratio* dell'intervento delle istituzioni europee, gli Stati membri possano sempre andare oltre, nel "verso" individuato.

Notoriamente non è così⁴⁰.

³⁸ Sugli aspetti finanziari G. COLOMBINI, *Il finanziamento dei servizi pubblici*, in A. MASSERA (cur.), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Pisa University Press, 2004, 149 ss.; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, cit., 103 s.; L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, cit., 1826 s.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 228 ss.; la nascita dell'ultimo modello risale all'esperienza statunitense in materia di telecomunicazioni: si veda D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici)*, cit., 384 s.; la *cross-subsidiasation* tra attività remunerative e non, è spesso stata utilizzata in Italia, per evitare di trasferire sulla fiscalità generale i costi del servizio universale: per rife. S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 255 ss.

³⁹ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit., punto 6.1.

⁴⁰ La letteratura in proposito è molto ricca, ma un punto di riferimento obbligato è ancora P.J. SLOT, *Harmonisation*, in *Eur. L. Rev.* 1996, 386; adde J. Jans, *Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality*, in M. FÜHR, R. WAHL, P. VON WILMOWSKY (eds.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*, Berlin, Schmidt Verlag, 2007, 705; F. DE CECCO, *Room to Move? "Minimum Harmonization and Fundamental Rights"*, in *Common Market Law Rev.*, 2006, 9; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2nd, Oxford, Oxford University Press, 2005, in part. 40.

Certo in numerosi casi, ad esempio in materia ambientale o di protezione della salute, la Corte di giustizia ha ritenuto che le disposizioni di una direttiva costituissero un'armonizzazione minima, che fissavano una soglia di protezione che ben poteva essere superata dagli Stati membri in sede di trasposizione⁴¹.

Tuttavia, in altri casi, la stessa Corte ha ritenuto che le disposizioni europee integrassero un'armonizzazione totale, o completa, che non lascia spazio a discipline, anche più incisive, degli Stati membri.

Un caso del genere è rappresentato dalla recente sentenza *ASNEF*. La questione sollevata da un giudice spagnolo riguardava sostanzialmente il problema se l'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, ostasse o meno ad una disciplina nazionale la quale, in assenza del consenso della persona interessata e per autorizzare il trattamento dei suoi dati personali, necessari alla realizzazione di un interesse legittimo perseguito dal responsabile di tale trattamento oppure dal o dai terzi ai quali tali dati sono comunicati, richieda, oltre al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali di detta persona, che tali dati compaiano in fonti accessibili al pubblico⁴².

Ricordato che «l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno possono essere gravemente perturbati dal divario esistente tra i regimi nazionali applicabili al trattamento dei dati personali», e ritenuto che la direttiva miri «a rendere equivalente in tutti gli Stati membri il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone riguardo al trattamento dei dati personali», la Corte del Lussemburgo ha giudicato che l'armonizzazione delle legislazioni nazionali non si limiti ad un'armonizzazione minima, ma sfoci in un'armonizzazione che, in linea di principio, è completa. Conseguentemente, gli Stati membri non possono né aggiungere nuovi principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali, né prevedere requisiti supplementari⁴³.

Posto che l'armonizzazione può dunque essere minima, consentendo quindi un livello di tutela più elevato dell'interesse protetto dalla normativa stessa, ovvero totale o completa, che esclude tale possibilità, la questione diventa come distinguere le due ipotesi.

In alcuni casi, è lo stesso legislatore europeo che fornisce chiare indicazioni in tal senso. Ad esempio, il settimo considerando della Direttiva 2006/73/CE, recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva, chiarisce che «Per assicurare l'applicazione uniforme delle varie disposizioni della direttiva 2004/39/CE, è necessario stabilire una serie di requisiti armonizzati in materia di organizzazione e di esercizio dell'attività delle imprese di investimento. Di conseguenza gli Stati membri e le autorità competenti non devono aggiungere regole vincolanti supplementari all'atto del recepimento e dell'applicazione delle disposizioni contenute nella presente direttiva, salvo qualora quest'ultima lo preveda espressamente»⁴⁴.

In assenza di indicazioni espresse, ci si deve affidare ad indizi. Talune delle sentenze della Corte di giustizia richiamate in precedenza riguardavano casi in cui un interesse confliggeva con un altro, di solito una delle libertà di circolazione e stabilimento. In questo caso l'armonizzazione è totale perché il legislatore europeo ha fissato il punto di

⁴¹ Ad es. Corte giust. CE, 14 aprile 2005 (in causa C-6/03), *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, in *Racc.*, 2005, I-2753; Corte giust. CE, 22 giugno 2000, causa (C-318/98), *Fornasar*, in *Racc.* 2000, I-4785; Corte giust. CE, 22 giugno 1993 (in causa C-11/92), *Gallagher*, in *Racc.*, 1993, I-3545.

⁴² Corte giust. CE, 24 novembre 2011 (in cause riunite C-468/10 e C-469/10), *ASNEF*, non ancora pubblicata sulla *Raccolta*.

⁴³ Punti 27 della motivazione.

⁴⁴ Un caso del genere è anche Corte giust. CE, 24 novembre 2011 (in cause riunite C-468/10 e C-469/10), *ASNEF*, cit.

equilibrio tra gli interessi stessi e il legislatore nazionale non può modificarlo in un senso o nell'altro, pena l'alterazione del regime degli scambi.

Rispetto alla disciplina dell'affidamento dei servizi di interesse economico generale il conflitto tra interessi pubblici diversi non è normalmente apparente, il che indurrebbe a ritenere la legittimità di una disciplina nazionale più rigorosa di quella europea nel senso dell'apertura del mercato.

Di più che dubbia legittimità sono però le disposizioni, attualmente contenute nell'art. 4, comma 33, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011 n. 148, come modificato dall'art. 9, comma 2, lett. h), i) e l) l. 12 novembre 2011, n. 183, che escludono la partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi locali di società, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, beneficiarie di affidamenti diretti.

Posto che a determinate, e sia pur restrittivamente intese, condizioni, il diritto dell'Unione europea ammette gli affidamenti diretti, l'Italia non può essere più realista del Re, e chiudere il proprio mercato ad operatori economici di altri Paesi membri. Il bel risultato è che la disposizione limiterà l'attività delle sole società italiane⁴⁵.

Al di là di quest'aspetto, la soluzione della legittimità europea dell'obbligo di esternalizzazione non è comunque sicura nei suoi termini generali, come dimostra il caso *Sintesi*. Temendo che l'ampio margine di valutazione implicito nel criterio di aggiudicazione degli appalti dell'offerta economicamente più vantaggiosa potesse essere abusato per favorire talune imprese e distorcere la concorrenza, il legislatore della l. 11 febbraio 1994, n. 109, la legge *Merloni*, aveva circoscritto il suo uso all'aggiudicazione di concessioni ovvero alle ipotesi di appalto concorso: un perfetto esempio di disposizione più pro-concorrenziale del modello europeo, si sarebbe potuto ritenere.

Però la Corte di giustizia, adita dalla Sezione di Brescia del T.A.R. Lombardia⁴⁶, ha ritenuto la disposizione italiana in contrasto con il diritto (allora) comunitario⁴⁷. Secondo la Corte, «la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta»⁴⁸.

La prudenza avrebbe dunque consigliato un rinvio pregiudiziale prima di affermare che la normativa nazionale in materia di divieto di autoproduzione è in linea con il diritto europeo. D'altra parte, una richiesta in tal senso era stata formulata dalla difesa della Regione Piemonte, la quale aveva fatto riferimento proprio al caso *Sintesi*. L'istanza relativa è però stata respinta dalla Corte costituzionale sulla base di un ragionamento che ci sembra inadeguato rispetto alla complessità della questione sollevata.

6-. Conclusioni, anche con riferimento alla disciplina sopravvenuta.

⁴⁵ Scelta legittima dal punto di vista europeo: Corte giust. CE, 22 giugno 1993 (in causa C-11/92), *Gallagher*, cit., ma non si sa quanto opportuna.

⁴⁶ T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 26 giugno 2002, n. 997 (ord.), in *Foro Amm. TAR*, 2002, 1941, e 2359, con *Osservazioni* T. LEONARDI.

⁴⁷ Corte giust. CE, 7 ottobre 2004 (in causa C-247/02), *Sintesi s.p.a.*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2893, con osservazioni di R. BARATTA, *Sul criterio di aggiudicazione dell'appalto di lavoro pubblico di cui all'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37/CEE: «L'art. 30, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso».*

⁴⁸ Punto 40 della motivazione.

Anche ammesso che i legislatori interni possano legittimamente – dal punto di vista del diritto dell’Unione – imporre l’esternalizzazione, resta la questione costituzionale di quale sia il legislatore competente nel nostro ordinamento.

Sul punto non resta che ribadire le perplessità già altre volte espresse su una giurisprudenza costituzionale che amplia oltre modo la competenza dello Stato per la “tutela” e la promozione (secondo la discutibile interpolazione operata dalla Corte costituzionale) “della concorrenza”⁴⁹.

Merita peraltro aggiungere che la scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione è una chiara scelta politica, come del resto ha dimostrato il *referendum*; in un sistema rispettose delle autonomie, non c’è nessuna ragione per ritenere che tale scelta vada effettuata una volta per tutte a livello centrale, ben potendo l’indirizzo politico diversificarsi a livello regionale.

Tanto più che, proprio nella materia che ci interessa, è atteso un nuovo e più incisivo intervento delle istituzioni europee. Le proposte di nuove direttive in materia di aggiudicazione di contratti d’appalto e concessioni presentate dalla Commissione alla fine dell’anno scorso si prendono carico di molte delle questioni che hanno visto l’agitarsi scomposto del nostro legislatore⁵⁰.

Innanzitutto, l’intervento del legislatore europeo è espressamente qualificato come di armonizzazione minima nel caso delle concessioni, ma non in quello degli appalti⁵¹ e viene confermata la libertà di organizzazione (scelta dell’autoproduzione compresa) delle amministrazioni nazionali⁵²; inoltre vengono meglio definiti le condizioni per la cooperazione tra enti pubblici e per l’*in house*⁵³.

Al di là della decisione della Corte costituzionale poi, e tornando a guardare alla legislazione statale, non sembra troppo chiedere che lo Stato, anziché forzare il riparto di competenze fissato dalla Costituzione per introdurre disposizioni pro-concorrenziali la cui necessità non è sentita dalle istituzioni europee, faccia quello che dal 2001 la Costituzione gli impone, ovvero individuare le funzioni fondamentali degli enti locali⁵⁴.

Invece, come già accennato, il Parlamento è nuovamente intervenuto in senso sostanzialmente restauratore della disciplina abrogata con l’art. 4 d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. con modif. in l. 14 settembre 2011 n. 148.

⁴⁹ Cfr. altresì R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI, Torino, Giappichelli, 2012, 2 ed., , e Id., *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *le Regioni*, 2008, 634.

⁵⁰ COM(2011) 896 def e COM(2011) 897 def rispettivamente.

⁵¹ COM(2011) 897 def, cons. 4.

⁵² COM(2011) 896 def, cons 14 COM(2011) 897 def, cons. 17 e 22.

⁵³ COM(2011) 896 def, art. 11, e COM(2011) 897 def, art. 15 (nonché art. 11 con riferimento alla nozione di impresa collegata).

⁵⁴ Tra le quali non rientrano necessariamente solo le funzioni d’ordine, ma anche quelle di benessere (e quindi determinati servizi di interesse economico generale): diversamente, parrebbe, L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale*, cit., 488 s.