

Enrico Zampetti

*Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nozione di servizio pubblico – 3. La specificità dei servizi pubblici locali – 4. Concorrenza e istituzione del servizio – 5. *Segue*. Istituzione del servizio e attribuzione di diritti esclusivi – 6. Concorrenza e gestione del servizio – 7. Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali – 8. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il recente d.lgs. n. 201 del 2022 ha riordinato la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in attuazione dei criteri direttivi posti dalla legge delega n. 118 del 2022¹. In parziale discontinuità con la precedente normativa, il decreto rivolge una specifica attenzione alla fase istitutiva dei servizi pubblici locali, in particolare di quelli facoltativi, prevedendo un'apposita disciplina procedimentale dichiaratamente orientata ai principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale. In linea con la previgente normativa, la nuova disciplina riserva la consueta attenzione alla scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, compiendo in tal senso un'opera di razionalizzazione. Di estremo interesse è la definizione di servizio pubblico locale che, sebbene ribadisca una concettualizzazione ormai consolidata, viene a codificare positivamente gli elementi essenziali della nozione, attribuendole maggiore stabilità e certezza.

Scopo delle presenti osservazioni non è quello di fornire un quadro completo della disciplina recata nel decreto, anche perché i limiti oggettivi dello scritto non lo consentirebbero. L'obiettivo è quello più circoscritto di individuare l'effettiva rilevanza dei principi di concorrenza e sussidiarietà

* Contributo già pubblicato su *Diritto e Società*, 3/2024, 511 ss.

¹ D.lgs 23 dicembre 2022 n. 201 “Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, in attuazione dell'articolo 8 delle l. 5 agosto 2022 n. 118 “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”.

orizzontale nella fase istitutiva dei servizi non obbligatori e nella scelta sulle forme di gestione, anche al fine di verificare se tali principi, secondo quanto sembra desumersi dal decreto, valgano realmente come limiti alla discrezionalità dell'ente locale. Ogni riflessione al riguardo non può che prendere avvio dalla nozione di servizio pubblico.

2. La nozione di servizio pubblico

Si è affermato che la nozione di servizio pubblico sia una delle più tormentate del diritto amministrativo². Spia di questo tormento sono le diverse concezioni che nel tempo hanno interessato la nozione, tra tutte la concezione soggettiva, quella oggettiva e, più di recente, quella soggettiva temperata³. Senza poter ripercorrere in questa sede gli elementi caratterizzanti delle varie concezioni⁴, basti soffermarsi sull'ultima delle

² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, 69-70.

³ Per la concezione soggettiva, uno dei principali riferimenti è A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, t.1, Milano 1930, 379 ss.; nella dottrina contemporanea, sostiene la concezione soggettiva R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.* 2003, 493 ss.; l'elaborazione della concezione oggettiva si deve, come noto, a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964; per un più recente sviluppo della concezione oggettiva, L. R. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei pubblici servizi*, Padova 2001, spec. 297 ss.; per un inquadramento della concezione soggettivo-temperata, I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1986, 101 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, Bologna 1993, I, 953 ss.; per approfondimenti sulle varie concezioni, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova 2003; Id., *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 2012, 629 ss.; M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir. I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano 2022, 1088; R. VILLATA - S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino 2021; sulla nozione generale e le sue implicazioni, G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, 207 ss., già in *Sutdi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano 1969, II, 993 ss.; F. MERUSI, *Servizio Pubblico*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino 1970, 220 ss.

⁴ In estrema sintesi, per la concezione soggettiva i servizi pubblici sono le attività dichiarate tali dalla legge o in via amministrativa di cui lo Stato o altro ente pubblico assume la titolarità e la gestione diretta o indiretta. È una concezione che trova la sua ambientazione principalmente nel periodo anteriore alla Costituzione, caratterizzato dalla gestione pubblica e monopolistica dei grandi servizi nazionali. Per la concezione oggettiva, invece, prevalentemente sviluppatasi nel periodo successivo alla Costituzione, la qualificazione di servizio pubblico prescinde da una dichiarazione in tal senso della legge o da una formale

tre che delle prime due vorrebbe essere una sintesi. Secondo la concezione soggettiva temperata, una determinata attività può essere qualificata servizio pubblico se la titolarità ne sia imputata al soggetto pubblico, che assume così il dovere di predisporre, organizzare e garantire la prestazione del servizio⁵. Quanto alla concreta gestione, il servizio pubblico può essere svolto sia dal soggetto pubblico che da un soggetto privato appositamente incaricato. Un'attività così qualificata deve garantire l'effettiva fruizione del servizio a tutti i potenziali utenti, senza discriminazioni e soluzioni di continuità, a prezzi accessibili e nel rispetto di predeterminati *standard* quantitativi e qualitativi. In altri termini, il servizio deve essere espletato secondo principi di doverosità, non discriminazione, continuità e accessibilità, che ne connotano il regime giuridico e lo differenziano da quello delle ordinarie attività economiche⁶. Pertanto, oltre all'imputabilità pubblica

assunzione in via amministrativa, ma investe ogni attività sottoposta ad una disciplina legislativa che, ai sensi dell'articolo 41 co.3 Cost, ne conformi le prestazioni in funzione del raggiungimento di fini sociali. La concezione soggettiva temperata implica la titolarità pubblica del servizio, ma postula che la relativa gestione possa essere svolta anche da un soggetto privato, sia pur nell'ambito della cornice regolatoria posta dal titolare pubblico. Ognuna di queste concezioni presenta al suo interno delle varianti che ne temperano o ne accentuano gli aspetti più radicali, ma gli elementi di fondo restano quelli sinteticamente illustrati, tuttora rilevanti per una rinnovata riflessione sui servizi pubblici.

⁵ G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 953 - 954 ss., secondo cui, per qualificare una determinata attività come servizio pubblico, "è necessaria cioè la presenza di un complesso organizzativo unitario, nell'ambito del quale il servizio rimane in titolarità (seppure non monopolistica) dell'amministrazione pubblica; in altri termini, si può parlare di servizio pubblico anche se gestito da soggetti privati solo quando l'attività relativa si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell'amministrazione, sulla scorta di strumenti organizzatori dettati dalla legge ovvero adottati dall'amministrazione pubblica in base ad essa".

⁶ G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 960; con specifico riferimento al concetto di doverosità, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 474; ID., *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di un pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano 1995, 28, secondo cui sarebbe "questa loro doverosità che li distingue dalle prestazioni fornite come normali attività economiche, da soggetti privati ma talora, come si è visto, anche pubblici, che servizi pubblici non possano essere considerate: le quali in tanto sono a disposizione degli acquirenti e degli utenti, solo in quanto operatori economici hanno trovato di loro interesse offrirle ad essi, e finché vi trovano interesse, secondo le regole del mercato". Resta inteso che l'espletamento del servizio deve comunque rispettare il principio di economicità, G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 959: "infatti, anche quando l'interesse pubblico richiede che il servizio sia erogato gratuitamente o sottocosto, l'economicità deve comunque essere rispettata perché l'amministrazione si deve porre come utente collettivo garantendo la copertura integrale dei costi e dei fattori di produzione"; in termini, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di*

della titolarità, la nozione di servizio pubblico si caratterizza per un grado di soddisfazione dei bisogni che il mercato non è in grado di assicurare e che solo l'intervento pubblico può garantire attraverso una regolazione esercitata in via legislativa o amministrativa.

Senonchè, con specifico riferimento alla dimensione nazionale, la descritta concezione deve necessariamente misurarsi con il processo di liberalizzazione che, tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta del secolo scorso, ha investito i grandi servizi pubblici sino ad allora gestiti dallo Stato in regime di monopolio⁷. A seguito della liberalizzazione, le attività esercitate in questi settori sono pacificamente imputabili agli operatori economici che le svolgono, non essendo più configurabile una titolarità pubblica in relazione ad attività liberalizzate. Tuttavia, l'estrema rilevanza di queste attività per i bisogni della collettività ne ha determinato la soggezione a specifici obblighi di servizio, volti a garantire che le prestazioni siano espletate nel rispetto dei principi di non discriminazione, universalità, accessibilità, ossia secondo quegli stessi canoni che, come si è visto, caratterizzano in generale la nozione di servizio pubblico⁸. Tali obblighi di servizio, imposti dalla legge e/o in via amministrativa, differenziano il regime giuridico di queste attività da quello delle ordinarie attività economiche, pur mantenendosi la titolarità dell'attività in capo al soggetto privato che la esercita. Si è posta così la questione, oggetto di un ampio dibattito, se queste attività possano essere inquadrare nella nozione di servizio pubblico, magari attraverso una rivalorizzazione della concezione oggettiva, o se, invece, debbano essere considerate delle ordinarie attività economiche pur se destinatarie di una specifica regolazione a cui gli altri operatori sono

interesse generale, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2006, 786.

⁷ Sul processo di liberalizzazione dei servizi pubblici, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, 237 ss.; Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna 2005, 33 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007, 186 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 235 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002, 49 ss.; per un approfondimento generale, S. CASSESE, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Sesta edizione riveduta e aggiornata, Bari 2021.

⁸ Per un inquadramento della nozione di obblighi di servizio pubblico, A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano 2001; A. TRAVI, *Produzione e vendita di energia elettrica e gas e obblighi di servizio pubblico*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. DE FOCATHIS - A. MAESTRONI, Milano 2011, 13 ss.; con specifico riferimento agli obblighi di servizio universale, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002; Id., *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1057.

sottratti⁹. Probabilmente, la questione può essere superata osservando che, a prescindere dai profili legati all'imputabilità dell'attività, il discrimine tra un'ordinaria attività economica e un'attività di servizio pubblico resta pur sempre nell'intensità e nella tipologia della regolazione. Al cospetto di una regolazione che, attraverso l'imposizione di obblighi di servizio, funzionalizza l'attività garantendo che le prestazioni si svolgano secondo canoni di universalità, non discriminazione e accessibilità, non sembra ci siano ostacoli a ricondurre, sia pur con i dovuti adattamenti, le attività in esame alla nozione generale di servizio pubblico¹⁰. Del resto, per la nozione eurounitaria di servizio d'interesse (economico) generale è indifferente la natura del soggetto agente e il regime d'imputabilità dell'attività, ma è decisivo che l'attività sia funzionalizzata all'interesse generale attraverso l'imposizione di obblighi di servizio da parte degli Stati membri¹¹.

Si può così concludere che, anche in un contesto di liberalizzazione dei servizi nazionali, la nozione di servizio pubblico identifichi le attività

⁹ Ritiene, ad esempio, che la regolazione non abbia nulla a che fare con il servizio pubblico, F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna 2002, 65; per una diversa prospettiva, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 423; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 278, secondo cui anche la regolazione economica può “tendere a garantire prestazioni che, per un qualsiasi motivo anche legato alla tipologia del mercato (o comunque al grado di effettiva apertura che ha raggiunto), esso non potrebbe offrire per come il pubblico potere richiede che siano offerte”. Secondo questa prospettiva, anche la regolazione economica, e non solo quella sociale, può determinare la qualificazione in termini di servizio pubblico o di pubblica utilità dell'attività che ne è oggetto; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., 165 ss., ritiene che la fattispecie del servizio di pubblica utilità ricorra quando l'attività economica sia gravata non solo dalla regolazione in senso debole (economica) ma anche dalla regolazione in senso forte (sociale) attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico; in argomento, si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2012, 124 ss.; Id., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 956 ss; sui rapporti tra concorrenza e regolazione, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, 149 ss.; in generale, sulle varie tipologie di regolazione, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova 1992, 430 ss.

¹⁰ Per approfondimenti sul tema, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 283 ss.

¹¹ Sui servizi di interesse economico generale, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 747 ss.; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano 2008; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino 2018; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 2020, 53 ss.; P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3/2020, 531 ss.; cfr. Prot. 26 sui “Servizi di interesse generale” allegato al TUE e al Tfue, nonché l'art. 14 del Tfue.

preordinate a soddisfare bisogni generali a condizioni che di norma il mercato non è in grado di assicurare. A conferma di tale impostazione depono la definizione attualmente recata nel d.lgs. n. 175 del 2016 che, nel solco del diritto eurounitario, riconduce alla nozione di servizi d'interesse generale “*le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”¹².

3. La specificità dei servizi pubblici locali

In ambito locale la vicenda dei servizi pubblici assume contorni peculiari¹³.

A differenza dei grandi servizi nazionali, il sistema dei servizi pubblici locali non si è mai caratterizzato per un generalizzato regime di riserva preclusivo dell'esercizio sul mercato delle attività oggetto del servizio. Vero è che la legge Giolitti del 1903¹⁴ e il Testo unico del 1925¹⁵ contemplavano

¹² Art. 2, lettera h, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 su cui v. M. ALLENA - P. GIUGLIANO, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano 2018, 113 ss.

¹³ Sul sistema dei servizi pubblici locali, così come delineato prima del d.lgs. n. 201 del 2022, si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a R. CAVALLO PERIN, *Comune e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli 1993; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino 2007; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano 2005; S. MANGIAMELI, a cura di, *I servizi pubblici locali*, Torino 2008; G. CORSO, *I servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 2002, 7 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 629 sss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano 2003, tomo III, 2581 ss.; Id., *Servizi pubblici locali*, cit., 1086 ss.; Id., *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 3/2020, 511 ss.

¹⁴ L. 29 marzo 1903 n. 103 “Sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni”.

¹⁵ R.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 “Approvazione del testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province”; l’articolo 1 del R.d. del 1925, così come l’articolo 1 della l. n. 103 del 1903, prevedevano che la “*costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione*” e la “*costruzione ed esercizio di mercati pubblici*” potessero essere assunti “*anche con diritto di privativa*”; per approfondimenti su tale disciplina, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare*

la possibilità per i Comuni di assumere determinati servizi in privativa, ma, al di là di questa evenienza e ferme restando apposite previsioni normative, nulla vietava in astratto che le attività assunte come servizio fossero esercitate anche da soggetti privati. Successivamente, la legge n. 142 del 1990 e il d.lgs. n. 267 del 2000 hanno previsto che “*i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge*”, confermando che, in assenza di una disposizione di legge, l'attività oggetto del servizio pubblico non è soggetta ad esclusiva¹⁶.

Tuttavia, l'assenza di un regime generalizzato di esclusiva non ha impedito e non impedisce che, talvolta, i servizi pubblici assunti dai Comuni possano dare luogo a dei monopoli di fatto. Una peculiare strutturazione del mercato o il limitato ambito territoriale potrebbero, infatti, rendere impossibile o poco conveniente esercitare quella stessa attività che il Comune abbia assunto come servizio pubblico. Ugualmente, l'attribuzione al solo gestore del servizio dei titoli d'accesso ai beni demaniali strumentali all'espletamento delle prestazioni potrebbe di fatto impedire ad altri operatori di svolgere un'analogia attività¹⁷.

Pertanto, la modalità per promuovere la concorrenza in mercati formalmente aperti, ma che di fatto potrebbero chiudersi a causa dell'istituzione del servizio, va principalmente individuata in una tipologia di affidamento che garantisca a monte quel confronto competitivo che a valle il concreto esercizio del servizio potrebbe vanificare. Di qui, come dimostra la maggior parte degli interventi normativi succedutisi nella materia dei servizi pubblici locali, la propensione del nostro ordinamento a privilegiare la gara pubblica tra le modalità di affidamento del servizio, secondo il modello della concorrenza per il mercato¹⁸.

L'altra peculiarità della dimensione locale riguarda le attività che possono formare oggetto dei servizi pubblici. A parte i servizi che devono essere

riguardo alle aziende, in *Riv. amm. rep. it.*, 1953, anche in ID., *Scritti*, volume III, Milano 2003, 743 ss.

¹⁶ Così articolo 22, co.2, l. 8 giugno 1990 n. 142 e art. 112, co.2, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

¹⁷ Su questa specifica ipotesi e sull'argomento in generale, G. FONDERICO, *Limitazione nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Milano 2023, spec. 208 e 225; Id., *Il Comune regolatore. Le privatizzate e i diritti speciali nei servizi pubblici locali*, Pisa 2012.

¹⁸ Sulle varie riforme che hanno interessato i servizi pubblici locali (dalla l. 28 dicembre 2001 n. 448 al d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e sviluppi successivi), E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 645 ss.

obbligatoriamente garantiti¹⁹, gli enti locali possono discrezionalmente decidere quali servizi assumere per soddisfare i bisogni delle rispettive comunità²⁰. Il non più vigente articolo 112, co.1, del d.lgs. n. 267 del 2000 prevedeva al riguardo che “*gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Si tratta di una disposizione alquanto generica che attribuiva agli enti locali un’ampia discrezionalità nell’istituzione dei servizi pubblici²¹, ma che la giurisprudenza ha sempre giustificato richiamando l’autonomia degli enti nell’individuazione dei bisogni da soddisfare²². Attualmente, il d.lgs. n. 201 del 2022 reca una

¹⁹ Ci si riferisce, ad esempio, al servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani (art. 198 d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), nonché al servizio idrico (art. 142 d.lgs. n. 152/2006, cit.).

²⁰ La legge Giolitti del 1903 e il testo unico del 1925 elencavano espressamente le attività suscettibili di essere assunte dagli enti locali come servizi pubblici, sebbene l’elenco fosse inteso come meramente indicativo.

²¹ Sulla discrezionalità riconosciuta agli enti locali nell’istituzione di servizi pubblici non obbligatori, A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell’assunzione del servizio pubblico da parte dell’ente locale*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 193, che sottolinea che “l’ambito in cui la discrezionalità dell’Amministrazione locale in materia di servizi risulta maggiore è quello nel quale il legislatore, fissati soltanto alcuni principi, non individua a priori il pubblico servizio, ma lascia che sia l’ente a determinare quali attività, in ragione delle loro caratteristiche debbano essere qualificate come tali”; A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 77; ID., *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 1/2007, 79 ss.; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 41; G. TAGLIANETTI, *Discrezionalità amministrativa e servizi pubblici locali*, Napoli 2018.

²² Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2006 n. 7369: “la genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 T.U.E.L.), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 T.U.E.L.), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell’ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività”. È il caso di sottolineare che la mancata tipizzazione delle attività suscettibili di essere assunte come servizi pubblici non ha sollevato particolari criticità rispetto al principio di legalità, essendosi l’attenzione maggiormente concentrata sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali (G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 86, il quale osserva che “si assiste ad una generale tendenza ad abbandonare la via della tipizzazione delle attività costituenti servizi pubblici”, precisando che “il principio di tipicità ha perso rilevanza nei confronti della qualificazione delle attività come servizi pubblici locali”).

disciplina più strutturata dell'istituzione dei servizi pubblici facoltativi, gravando gli enti di alcuni oneri procedurali che, almeno nelle intenzioni, dovrebbero limitare la discrezionalità dell'ente e tutelare i principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale. Al contempo, reca una previsione analoga a quella già contenuta nel citato d.lgs. n. 175 del 2016, che definisce i “*servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, alternativamente indicati con l'espressione “*servizi d'interesse economico di livello locale*”, come i “*servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”. Si conferma così che, anche a livello locale, la nozione di servizio pubblico si caratterizza per un grado di soddisfazione dei bisogni che il mercato non è in grado di assicurare e che solo l'intervento pubblico può garantire²³.

Occorre adesso soffermarsi più a fondo sulla disciplina recata nel d.lgs. n. 201 del 2022, a partire dalle previsioni che regolano l'istituzione dei servizi facoltativi.

4. Concorrenza e istituzione del servizio

L'articolo 10, co. 4, del d.lgs. n. 201 del 2022 prevede che “*i servizi di cui al comma 3 sono istituiti in esito ad apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali*”²⁴. L'istituzione di un servizio facoltativo

²³ Sulla regolazione pubblica dei servizi pubblici locali, anche con riferimento ai servizi a rete, S. LUCATTINI, *La regolazione dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino 2023, 27 ss.

²⁴ Sulla disciplina di cui al d.lgs. n. 201 del 2022, R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; R. VILLATA, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; G. VERCILLO, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Napoli 2023; G. CAIA, M. CALCAGNILE, E. CARLONI, F. FIGORILLI, P. PRINCIPATO, D. SIMEOLI, *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Napoli 2023.

è, dunque, condizionata dall'inidoneità del mercato a soddisfare i bisogni, con la conseguenza che, come si è ormai soliti affermare, il servizio sarebbe legittimamente istituito soltanto nelle ipotesi di "fallimento" del mercato²⁵.

I primi commenti hanno rilevato che la complessiva disciplina procedimentale, e in particolare la previsione di un'apposita istruttoria, verrebbero opportunamente a limitare la discrezionalità politico-amministrativa dell'ente nella scelta di istituire i servizi pubblici²⁶, restringendo i più ampi margini della precedente normativa che, come si è già sottolineato, si limitava genericamente a prevedere che "gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"²⁷.

In quest'ottica, come anche sembra evincersi da altre disposizioni del decreto²⁸, la limitazione della discrezionalità sarebbe funzionale alla tutela della concorrenza, in quanto preserverebbe i mercati "idonei" da qualsiasi possibile alterazione derivante dall'istituzione del servizio pubblico²⁹. Come, infatti, si è già anticipato, pur in assenza di esclusiva, l'istituzione del servizio potrebbe creare pregiudizio agli altri operatori economici, quando per varie ragioni le relative modalità di esecuzione impediscano o rendano più difficile l'esercizio di quella stessa attività.

²⁵ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1088.

²⁶ In questa prospettiva, A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., spec. 176 e 180, il quale sottolinea come il legislatore abbia "sottoposto la (tradizionalmente ampia) discrezionalità politico-amministrativa degli enti locali ad una serie di limiti sostanziali e procedurali, al fine di conferire maggiore razionalità alle scelte concernenti l'istituzione e l'organizzazione dei servizi pubblici"; F. FIGORILLI, *Istituzione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una nuova forma di discrezionalità?*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 192, il quale, a proposito dell'istruttoria prevista dall'articolo 10, evidenzia come la via che si è voluto intraprendere sia quella di un robusto ridimensionamento dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione precedente".

²⁷ Così articolo 112, co.1, d.lgs. n. 267 del 2000.

²⁸ Nel prevedere che "l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini (...)", l'art. 3 del d.lgs. n. 201 del 2022 prefigura una diretta rilevanza del principio di concorrenza anche nella fase di istituzione del servizio.

²⁹ La verifica d'inidoneità prevista dalla norma riguarda, in realtà, anche i "cittadini, singoli e associati" (il profilo verrà trattato specificamente più avanti a proposito del principio di sussidiarietà orizzontale).

È bene evidenziare che il diritto dell'Unione europea offre una precisa nozione di concorrenza identificabile nelle regole di condotta che le imprese e lo Stato sono tenute a rispettare quando agiscono sul mercato³⁰. Ciò nonostante, non sempre vi è chiarezza su cosa debba effettivamente intendersi per concorrenza, anche perché la nostra Costituzione non chiarisce il significato della nozione, limitandosi a sancire all'articolo 41 la libertà di iniziativa economica³¹. La nozione di concorrenza può così assumere diverse accezioni: un'accezione che si identifica nelle regole sui comportamenti da rispettare nel mercato³²; un'accezione incentrata sulla libertà di accedere al mercato e svolgere le attività economiche senza restrizioni che non siano quelle previste dall'articolo 41 Cost³³; un'ulteriore accezione che, come anche recentemente evidenziato dalla Corte costituzionale, inquadra la concorrenza nelle regole che garantiscono il confronto competitivo tra le imprese in vista dell'affidamento degli appalti e dei servizi pubblici³⁴. Le accezioni che più interessano la scelta

³⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, 15 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.;

³¹ L'assenza di un esplicito riferimento alla concorrenza ha ingenerato a suo tempo un ampio dibattito sull'effettiva rilevanza della concorrenza in ambito costituzionale; in tema, si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *La Costituzione economica – Atti del Convegno Ferrara*, 11-12 ottobre 1991, Padova 1997, e, in particolare, all'intervento di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *ivi*, cit., pp. 7 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 2001, 93 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e soc.*, 4/2011, 636 ss.; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 315; né l'esatto significato della concorrenza può trarsi dalla lettera e) dell'articolo 117 che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la "tutela della concorrenza", dal momento che la concorrenza è soltanto richiamata dalla norma per delimitare la competenza senza alcuna esplicitazione del concetto.

³² Tra le varie questioni di cui si è occupata la dottrina con riferimento alla disciplina antitrust, vi è anche quella relativa all'individuazione dei caratteri di una funzione amministrativa volta a reprimere gli illeciti concorrenziali, M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998.

³³ Sulla concorrenza e le relative questioni definitorie, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 191 ss.

³⁴ Cfr., ad esempio, Corte cost., 17 novembre 2010 n. 325, che, a proposito delle restrizioni all'affidamento *in house* previste dall'art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008, ha rilevato che le suddette restrizioni «si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica»; per una critica della giurisprudenza costituzionale che inquadra la regola della procedura di gara in una regola di concorrenza, F. TRIMARCHI BANFI, *Il*

sull'istituzione del servizio sono le prime due, considerato che l'eventuale istituzione del servizio potrebbe incidere sulla libera iniziativa economica degli altri operatori o comunque alterare l'ordinario assetto del mercato. L'altra accezione, come si vedrà, riguarda più specificamente la scelta sulle forme di gestione.

Con queste precisazioni, si può più agevolmente esaminare se la disciplina procedimentale prevista dal d.lgs. n. 201 del 2022 impatti realmente sulla discrezionalità amministrativa a tutela del principio di concorrenza.

Va subito evidenziato che, nel contesto dei servizi pubblici, l'adeguatezza delle prestazioni offerte sul mercato non deve misurarsi in base alla loro capacità di soddisfare i bisogni, ma in base a quella di soddisfare i bisogni alle specifiche condizioni richieste ad un'attività di servizio pubblico. Tali condizioni sono differenti in termini di "accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza" da quelle offerte sul mercato e, come attualmente precisato dal decreto, possono essere garantite solo da un apposito intervento pubblico³⁵. In altri termini, l'idoneità o inidoneità delle prestazioni offerte sul mercato non è misurabile in base agli stessi parametri utilizzati per valutare l'efficienza o inefficienza del mercato, ma secondo le condizioni indicate nella disciplina positiva alle

principio di concorrenza: proprietà e fondamento, cit., 41 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, cit., 736 ss.; F. FRANCIOSI, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI E R. DE NICTOLIS, II, Milano 2019, 953, rileva che le previsioni in materia di gare pubbliche sono principalmente dirette a garantire i principi di buon andamento e imparzialità: "la garanzia della libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione, che è quello di garantire il rispetto del principio di buon andamento e imparzialità nella cura dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.), ormai riconosciuto anche in ambito comunitario come diritto di una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)"; si veda anche la posizione di M. CALABRÒ – A.G. PIETROSANTI, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, cit., 218, i quali, con specifico riferimento al principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, evidenziano come esso, da un lato, sia "espressione della prima (concorrenza ai sensi del diritto nazionale), nella misura in cui è volto a garantire la soddisfazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza; dall'altro lato, e nel contempo, esso è strumento delle «regole europee della concorrenza», poste a presidio non dell'imparzialità della p.a., bensì del corretto ed efficace funzionamento del mercato".

³⁵ Così art. 2, lettera d), d.lgs. n. 201/2022, cit.

quali l'ente locale, in esito ad un suo preciso apprezzamento, ritenga debbano essere soddisfatti i bisogni³⁶. Conseguentemente, una volta che l'ente locale abbia deciso di soddisfare i bisogni alle condizioni del servizio pubblico, il giudizio sul mercato non potrà che essere di inidoneità (o lo sarà molto probabilmente), perché difficilmente si troveranno imprese che liberamente decidono di esercitare le proprie attività in base a criteri estranei alla logica imprenditoriale. L'istruttoria avrà, pertanto, un esito quasi sempre scontato tutte le volte che a monte l'ente locale abbia ritenuto che determinati bisogni vadano garantiti a condizioni differenti da quelle di mercato "in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza"³⁷.

In questa prospettiva l'istruttoria in esame non sembra poter realmente incidere sulla discrezionalità amministrativa né costituire un diretto presidio del principio di concorrenza. Se mercato e intervento pubblico non sono fungibili, ovvero se le condizioni offerte dal mercato non possono per definizione garantire le condizioni qualificanti la nozione di servizio pubblico, la decisione se istituire o meno un servizio non può essere condizionata dall'assenza o dalla presenza di un mercato, per quanto efficiente e funzionante³⁸. Non è, pertanto, un *favor* per il mercato o per

³⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, cit., 956, distingue tra "inadeguatezza del mercato dovuta a cattivo funzionamento" ed "inadeguatezza in relazione ad obiettivi che sono estranei alla logica del mercato". A tale distinzione l'A. fa discendere un'analoga distinzione "nell'ambito delle misure che vengono genericamente ascritte alla categoria della regolazione", precisando che la regolazione atterrebbe "propriamente al cattivo funzionamento del mercato", ma "non alla provvista di prestazioni che un mercato, anche se efficiente, non può fornire o non può fornire alle condizioni ritenute adeguate all'interesse generale come apprezzato attraverso il processo politico". Al di là se la regolazione possa sempre ritenersi estranea alla provvista di prestazioni che il mercato non può fornire, l'assunto di fondo conferma che l'inadeguatezza del mercato evocata dall'articolo 10 non si misura con gli ordinari parametri utilizzati per misurare il cattivo funzionamento del mercato.

³⁷ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000, 115, sottolinea che, nel caso dei servizi pubblici "tutto si misura in vista del raggiungimento dello scopo, sicché il fallimento del mercato finisce per identificarsi col mancato assolvimento del servizio, quale che sia la ragione che lo abbia causato". L'affermazione sembra in linea con la conclusione qui sostenuta per cui, se il parametro di riferimento è la soddisfazione dei bisogni a condizioni che il mercato non può oggettivamente soddisfare, l'istruttoria prevista dall'articolo 10 è destinata ad avere un esito scontato perché quasi sempre accerterà l'inidoneità del mercato.

³⁸ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 653 evidenzia che se "alla base della scelta di istituire un servizio pubblico, vi è infatti sempre la considerazione della non adeguatezza dell'iniziativa privata", è "chiaro però che l'ente locale deve poter definire autonomamente i livelli minimi delle prestazioni sulla cui base valutare poi la sufficienza del mercato,

la concorrenza a precludere l'istituzione del servizio, ma la valutazione di non voler assicurare a quel bisogno il grado di soddisfazione che soltanto l'intervento pubblico può garantire³⁹. Si torna così all'assunto generale che la scelta di come soddisfare il bisogno, se alle condizioni del servizio pubblico o alle condizioni di mercato, resta affidata ad una valutazione discrezionale calibrata sulla coesione sociale e l'omogeneità di sviluppo che, in un dato momento storico, l'ente intende garantire alla propria collettività⁴⁰. Questa decisione deve, ovviamente, rispettare gli ordinari canoni di proporzionalità e ragionevolezza⁴¹, rivelandosi effettivamente strumentale alla soddisfazione dell'interesse generale, così da giustificare eventuali alterazioni del mercato, ma il diretto parametro per sindacarne la legittimità non è individuabile nel principio di concorrenza⁴². Ciò trova

anche solo in relazione alla garanzia di continuità del servizio". M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., 115, ritiene che la "questione del fallimento dovrebbe invece essere successiva a quella della qualificazione: un servizio è infatti doveroso, indipendentemente dal fatto che il mercato riesca a soddisfarlo ovvero occorra ricorrere ad altri strumenti".

³⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.* 2020, 24, osserva che la decisione di assumere servizi pubblici a condizioni non sostenibili per il comune operatore economico non è "una deroga (eccezionale) al regime di concorrenza, poiché è attuazione (ordinaria) delle politiche sociali prescritte dall'art. 3, co.2 della Costituzione"; S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, privative, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2/2022, 321.

⁴⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 24, evidenzia che "la provvista pubblica di servizi a condizioni non sostenibili per il comune operatore economico non segue al fallimento dei mercati, bensì al giudizio politico sui bisogni che devono essere soddisfatti e che non è compito dei mercati soddisfare"; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., 472, evidenzia come la valutazione sulla istituzione di un servizio pubblico "abbia, "in tutta evidenza, carattere essenzialmente politico". Merita segnalare che, nell'attuale contesto normativo, una riflessione sulla concorrenza deve anche misurarsi con il principio del risultato che, ai sensi dell'articolo 1 del d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36, "costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" e che, come anche si legge nella relazione illustrativa della Commissione speciale del Consiglio di Stato istituita per la redazione del progetto di codice dei contratti pubblici, deve essere inteso come "fine" rispetto alla concorrenza intesa come "metodo", secondo un nesso in cui la concorrenza è in funzione del risultato (sul principio di risultato, M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, cit., 11 ss.; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 1/2023, 5 ss.).

⁴¹ A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, cit, 193.

⁴² S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, privative, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 317, evidenzia che i margini

conferma anche nel diritto dell'Unione europea, laddove l'istituzione di servizi d'interesse economico generale è rimessa ad un apprezzamento degli Stati membri sindacabile per errore manifesto, quando non sia riscontrabile un'effettiva funzionalizzazione della decisione all'interesse generale⁴³.

Beninteso, ciò non significa che l'istruttoria non debba essere effettuata o che il suo svolgimento sia inutile. Se anche può rivelarsi scontato che le imprese operanti sul mercato siano inidonee a garantire le condizioni del servizio pubblico, gli esiti dell'istruttoria consentono pur sempre di conoscere come il mercato soddisferebbe quei bisogni, apportando un elemento conoscitivo da tenere in considerazione che, però, come meglio si dirà, assume uno specifico e maggior rilievo nella successiva scelta sulle modalità di gestione.

5. Segue. *Istituzione del servizio e attribuzione di diritti esclusivi*

Che la concorrenza abbia una scarsa rilevanza nella fase istitutiva del servizio dipende anche dal fatto che di norma l'istituzione del servizio non implica la creazione di una riserva tale da precludere agli operatori privati di esercitare sul mercato la stessa attività assunta come servizio pubblico⁴⁴. L'espressione riserva viene qui utilizzata nel suo significato più tecnico di riservare una determinata attività ad un solo soggetto e di precluderne l'esercizio agli altri. La precisazione non è inutile perché, talvolta, con la

del sindacato giurisdizionale sulla scelta di assumere la titolarità del servizio pubblico "dovrebbero essere limitati nei termini della sola irragionevolezza"; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, cit., 202, rileva che le esigenze della concorrenza vanno comunque considerate nell'ambito di una valutazione improntata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

⁴³ Per riferimenti giurisprudenziali, C. FRATEA, art 106 TFUE, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, a cura di F. POCAR - M.C. BARUFFI, Padova 2014, 841 ss.; cfr. Prot. 26 sui "Servizi di interesse generale" allegato al TUE e al TFUE, secondo cui i "valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea 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 (...) 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 (...)".

⁴⁴ Su questi aspetti, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 309 ss.

stessa espressione si vuole intendere che l'esercizio del servizio pubblico sia "riservato" ad un solo soggetto con esclusione degli altri operatori economici⁴⁵, i quali possono liberamente esercitare la stessa attività al di fuori del servizio pubblico. In quest'ultima accezione l'espressione perde molto della sua efficacia qualificante, perché di fatto si limita a descrivere il fenomeno ordinario per cui il servizio pubblico è di norma "riservato" ad un solo soggetto. Oltre ad essere più tecnica e qualificante, la prima accezione sembra anche quella recepita dal d.lgs. n. 201 del 2022 che, all'articolo 2, definisce il diritto esclusivo come quel diritto che ha "l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività in un ambito determinato"⁴⁶.

Ad ogni modo, il momento in cui si decide la riserva non coincide con quello in cui si istituisce il servizio. Così si desume dall'articolo 13 del decreto che, nel disciplinare l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, la ammette "solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà di impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica", confermando che la decisione di attribuire un diritto esclusivo è distinta da quella di istituire il servizio⁴⁷. Ne consegue che, in assenza dell'attribuzione di un diritto esclusivo, l'istituzione del servizio non preclude ad altri operatori economici di svolgere sul mercato la stessa attività materiale espletata dal gestore del servizio. Ciò accade, ad esempio, quando all'istituzione del servizio segua la decisione di imporre obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori già presenti sul mercato. In questi casi, gli obblighi di servizio sono assolti da uno o più degli operatori di mercato, mentre gli altri continuano ad esercitare quella stessa attività al di fuori del servizio pubblico⁴⁸. Ma può anche accadere quando il servizio sia gestito da una società *in house* o da un'impresa selezionata in esito a gara pubblica. Anche in queste ipotesi, in assenza di una riserva, l'esecuzione del servizio può convivere con l'esercizio di quella stessa attività da parte delle imprese che operano a condizioni di mercato.

⁴⁵ M. DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 3, evidenza, a proposito dell'istituzione dei servizi pubblici locali, che le "motivazioni sociali impongono l'esclusività della gestione sicché la competizione e la libertà di iniziativa privata arretrano".

⁴⁶ F. PILEGGI, *Definizioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 77 ss.

⁴⁷ Sulla disciplina posta dall'articolo 13 del d.lgs. n. 201 del 2022, G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, cit., 205 ss.

⁴⁸ Cfr. art. 12 del d.lgs. n. 201 del 2022 "Obblighi di servizio pubblico per gli operatori di mercato".

Ciò che, pertanto, può significativamente alterare la concorrenza non è tanto l'istituzione del servizio quanto l'eventuale decisione di attribuire al gestore di quel servizio un diritto di esclusiva⁴⁹. Resta inteso che il diritto dell'Unione europea, come anche ribadito dal citato articolo 13, riconosce pacificamente la possibilità di attribuire un diritto di esclusiva alle imprese incaricate di servizi d'interesse economico generale, a condizione che ciò sia strettamente necessario per garantire l'adempimento della specifica funzione loro attribuita. Pertanto, così come la decisione di istituire il servizio, anche la decisione di attribuire un diritto di esclusiva si giustifica per la sua stretta funzionalità all'interesse generale, in base a criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁵⁰.

6. Concorrenza e gestione del servizio

Il principio di concorrenza assume maggiore rilevanza nella fase di gestione del servizio. Una volta istituito il servizio, l'ente locale può decidere la forma di gestione più appropriata tra quelle previste dall'articolo 14 del d.lgs. n. 201 del 2022, quali l'affidamento a terzi mediante procedura ad

⁴⁹ L'attuale definizione di diritto esclusivo recata nel d.lgs. n. 201 del 2022 prevede che tale diritto possa essere concesso, oltre che con legge, anche mediante "disposizione amministrativa". Pur volendo ritenere che la previsione soddisfi la competenza legislativa (esclusiva) statale in materia di concorrenza, occorre verificare se la possibilità di attribuire un diritto esclusivo in via amministrativa rispetti anche la riserva di legge imposta dall'articolo 43 Cost. È vero che la norma del decreto sancisce le modalità procedurali che devono essere seguite dall'ente locale, ma la costituzione del diritto avverrebbe pur sempre mediante una decisione amministrativa riferibile a qualsiasi servizio, senza alcuna predeterminazione legislativa che astrattamente individui le attività suscettibili di riserva; al riguardo, seppure con riferimento ad una diversa e anteriore disciplina, G. CORSO, *I servizi pubblici locali*, cit., 8, evidenzia che "l'art. 43 Cost. sottopone a riserva di legge l'assunzione diretta dei servizi pubblici essenziali da parte dello Stato o degli enti pubblici. Contrasta con questo schema la formula dell'articolo 1 del R.D. n. 2578/1925 che rimette la decisione al singolo comune (artt. 1 e 10 ss.)"; si veda anche E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., 653.

⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia Ue, 19 maggio 1993, C – 320/91, *Courbeau* che, a proposito dell'articolo 106, co. 2. precisa che "quest' ultima disposizione consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi".

evidenza pubblica, l'affidamento a società mista, l'affidamento a società *in house*, la gestione in economia o mediante aziende speciali per i servizi diversi da quelli a rete⁵¹. Stranamente il decreto non include tra le forme di gestione l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico a carico degli operatori già attivi sul mercato, nonostante tale imposizione sia una scelta conseguente a quella di istituire il servizio pubblico e riveli una modalità attraverso cui assicurarne l'espletamento⁵².

Gli affidamenti a terzi e a società miste consentono agli operatori interessati di partecipare alle relative gare pubbliche, garantendo una forma di concorrenza interna alla procedura che si manifesta attraverso la presentazione e valutazione delle diverse offerte. In assenza di un diritto di esclusiva, il soggetto selezionato sarà l'unico ad esercitare il servizio pubblico, ma altri operatori potranno liberamente svolgere la stessa attività alle condizioni di mercato. Viceversa, l'eventuale attribuzione di un diritto di esclusiva consentirà al soggetto selezionato di essere l'unico a poter svolgere il servizio pubblico e l'unico a poter svolgere l'attività materiale

⁵¹ L'articolo 14 prevede che, ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, "l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati"; per approfondimenti, M. CLARICH – A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 228 ss.; G. CAIA, *La disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 89 ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 71 ss.

⁵² L'articolo 12 rubricato "Obblighi di servizio pubblico per gli operatori di mercato" è, infatti, collocato nel Capo I del d.lgs. n. 201 del 2022 dedicato alla "istituzione del servizio pubblico locale". Probabilmente, la mancata inclusione della norma nel capo appositamente dedicato alle forme di gestione deriva dalla circostanza che l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico non implica un affidamento del servizio in senso proprio, ma, come è stato evidenziato, "si limita a condizionare gli operatori abilitati al rispetto di determinati obblighi" (G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori su mercato*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 197). La scelta di collocarla al di fuori delle forme di gestione resta in ogni caso poco comprensibile, in quanto il condizionamento determinato dall'imposizione degli obblighi di servizio pubblico è pur sempre preordinato a realizzare l'interesse generale secondo il "programma" predisposto dall'ente locale.

che ne forma oggetto. Sebbene il decreto non la inquadri tra le modalità di gestione, l'imposizione di obblighi di servizio alle imprese operanti sul mercato non crea di norma alterazioni della concorrenza in quanto gli operatori non gravati dagli obblighi possono continuare liberamente a svolgere l'attività, mentre gli operatori che ne sono gravati possono essere sostenuti con meccanismi compensativi che preservano la gestione efficiente dell'attività.

Più problematica per la concorrenza è l'opzione per l'affidamento *in house*, in quanto implica un affidamento diretto del servizio senza che sia svolta una gara per individuarne il gestore⁵³. Per tale ragione, l'articolo 17 del decreto stabilisce che la relativa decisione debba essere assistita da una motivazione particolarmente stringente che dia conto delle "ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini un'efficiente gestione del servizio" e dei benefici che questa forma di gestione garantisce alla collettività in termini di qualità, accessibilità, impatto sulla finanza pubblica e obiettivi di socialità⁵⁴. La previsione di una motivazione rinforzata serve ad evitare

⁵³ Sull'affidamento *in house*, E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico – privato*, in *Dir. amm.*, 4/2005, 915 ss.; R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1/2006, 51 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities, in L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa* (Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014), a cura di P.L. PORTALURI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014, 23 ss.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli 2012; A. ROMANO TASSONE, *La società in «in house» dall'«eccezionale eccezionalità» all'«anomala normalità»*, in *Dir.e proc.amm.*, 2/2014, 397 ss.; F. FRACCHIA-S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in *Le società in house*, a cura di M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, Napoli 2020, 5 ss.; M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, diretto da M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS, Milano 2019, 747 ss.; E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Il governo dell'economia e la comunicazione pubblica ai tempi del Covid-19. La prospettiva giuridica*, a cura di A. RIVIEZZO - R. BORELLO, Roma 2022, 78 ss., anche in *Giustizia Insieme*, 13 agosto 2021; con specifico riferimento all'articolo 18 del d.lgs. n. 201 del 2022, F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, cit., 269 ss.; G. FARES - V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 284 ss.

⁵⁴ Bisogna, tuttavia, precisare che la necessità di una motivazione rafforzata non è imposta dal diritto dell'Unione europea, il quale ammette l'affidamento diretto a condizione che l'affidatario si configuri come mera articolazione interna dell'amministrazione, secondo i requisiti dell'*in house* a suo tempo individuati dalla giurisprudenza e successivamente

che l'affidamento *in house* venga impropriamente utilizzato per eludere il principio della gara pubblica e che, invece, vi si possa ricorrere solo nelle ipotesi eccezionali in cui sia impossibile o comunque non conveniente rivolgersi al mercato⁵⁵. La necessità di motivare sulle “ragioni del mancato ricorso al mercato” implica di verificare se esistano sul mercato degli operatori economici che possano gestire il servizio alle condizioni e secondo il programma imposto dall’ente locale. Se la verifica è positiva l'affidamento *in house* dovrà di norma cedere il posto ad altre forme di gestione idonee a garantire il confronto competitivo nell’ambito di una procedura di gara. È bene sottolineare che questa verifica è diversa da quella prevista per la fase istitutiva del servizio su cui ci siamo soffermati in precedenza, anche per la semplice ragione che, a differenza dell’altra, si svolge in un momento in cui l’assunzione del servizio è stata già deliberata. Più esattamente, la verifica in esame è preordinata ad accertare se il mercato, con l’ausilio dell’intervento pubblico, sia potenzialmente capace di soddisfare i bisogni della collettività di riferimento secondo canoni di doverosità, non discriminazione, accessibilità, e continuità; invece, la verifica prevista dall’articolo 10 è strumentale a rilevare se il mercato sia idoneo a soddisfare i bisogni secondo quegli stessi canoni, anche in assenza di un intervento

codificati nel diritto positivo. Nell’ottica del diritto eurounitario, l'affidamento *in house* non pregiudica né i principi di parità di trattamento e non discriminazione, né le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, poichè l’espletamento del servizio rimane un fatto interno all’amministrazione che non coinvolge gli operatori economici presenti sul mercato (Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH; Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA). Solo nelle ipotesi in cui l’amministrazione decida di rivolgersi al mercato per selezionare l’esecutore del servizio, il diritto europeo impone l’espletamento di una procedura di gara, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, nonché delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi. La previsione di una motivazione rafforzata rappresenta, dunque, una precisa scelta del nostro ordinamento, che peraltro la stessa Corte di giustizia, sia pur con riferimento al pregresso contesto normativo, ha ritenuto compatibile con il diritto dell’Unione europea e, segnatamente, con la libertà organizzativa degli Stati membri nell’organizzazione dei loro servizi, escludendo in particolare che un così rigido onere motivazionale possa comprimere la libertà riconosciuta agli Stati membri in ordine all’organizzazione dei propri servizi (Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020 n. C-89/19 a C-91/19, in *Urb. app.*, 3/2020, con nota di C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, 354 ss.).

⁵⁵ In quest’ottica, come recentemente evidenziato dalla Corte costituzionale, le condizioni più severe previste per l'affidamento *in house* garantirebbero una più ampia applicazione della “regola concorrenziale dell’affidamento del servizio mediante gara” (Corte costituzionale 27 maggio 2020 n. 100 su cui M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020 n. 100)*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2020.

pubblico. Gli esiti della prima verifica variano da caso a caso, mentre, come più volte sottolineato, gli esiti della seconda sono più scontati e non condizionano direttamente la scelta a monte di come soddisfare il bisogno. Al contrario, la verifica che l'ente deve svolgere ai fini dell'affidamento *in house* condiziona direttamente la scelta sulla forma di gestione, e lo fa a tutela del principio di concorrenza, in quanto il fatto che esistano imprese potenzialmente capaci di adattarsi al ritmo e al programma dell'ente dovrebbe far propendere per le forme di gestione che garantiscono il confronto competitivo.

Va ancora sottolineato che l'affidamento *in house* non implica automaticamente la creazione di una riserva in capo al gestore del servizio, con la conseguenza che, ove non venga attribuito un diritto di esclusiva, gli operatori privati possono liberamente svolgere la stessa attività materiale oggetto del servizio. Pertanto, la massima alterazione della concorrenza è causata dalla combinazione affidamento *in house* - attribuzione di un diritto esclusivo, laddove il solo affidamento *in house* elimina esclusivamente la possibilità di competere per il servizio pubblico⁵⁶.

In conclusione, la rilevanza della concorrenza è senz'altro più consistente nella disciplina sulle modalità di gestione di quanto lo sia nella disciplina sull'assunzione del servizio. Tuttavia, il suo reale impatto non va misurato soltanto sulla scelta della forma di gestione, ma dipende anche e soprattutto dall'eventuale attribuzione dei diritti di esclusiva, dalla peculiare strutturazione del mercato e da ogni altra circostanza che venga di fatto a determinare un regime riservato.

7. Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali

Il d.lgs. n. 201 del 2022 richiama più volte il principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale. L'articolo 3 prevede che *“l’istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale di livello locale rispondono a principi di concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini (...)”*, prefigurando una diretta rilevanza della sussidiarietà

⁵⁶ M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, cit., 77, secondo cui “non è quindi l'autoproduzione in sé a chiudere il servizio alle logiche imprenditoriali, bensì la combinazione tra autoproduzione e struttura monopolistica del mercato; per effetto della quale la concorrenza viene posta fuori campo, sia nella forma piena della concorrenza nel mercato, sia in quella minore della concorrenza per il mercato”.

orizzontale nella fase di istituzione e gestione del servizio⁵⁷. L'articolo 10, già più volte richiamato, sancisce che “*ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni*”, riproducendo pedissequamente la previsione costituzionale in materia di sussidiarietà orizzontale⁵⁸.

Secondo un'opinione largamente diffusa, il principio di sussidiarietà precluderebbe all'ente locale di istituire il servizio pubblico ogni qualvolta

⁵⁷ Sul principio di sussidiarietà, senza alcuna pretesa di completezza, S. CASSESE, *Laquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, 373 ss.; M. P. CHITI, *Sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 505 ss.; AA.VV., *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini 1997; A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e soc.*, 1999, 433 ss.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss.; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano 2002; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli 2003; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, Roma, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, pp. 95 ss.; Id., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli 2005, 1752 ss.; A. RIVIEZZO, *L'associazionismo economico nei rapporti coi soggetti pubblici: rappresentanza degli interessi e c.d. principio di sussidiarietà*, in *Riv. giur. mezz.*, 2-3/2006, 377 ss.; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2909 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, II, Annali, Milano 2008, 1133 ss.; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità «orizzontale»*, Pisa 2010; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna 2013; F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 3 ss.; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del terzo settore*, Milano 2021; D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2/2022, 513 ss.; Id., *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino 2022; per approfondimenti sul principio di sussidiarietà nella giurisprudenza amministrativa, S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 593 ss.

⁵⁸ Vale evidenziare che, nel contesto del d.lgs. n. 201 del 2022, “alla dimensione della sussidiarietà orizzontale non sono completamente estranee le iniziative assunte dalle imprese” (così A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., 173), come conferma il fatto che il principio viene richiamato con specifico riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

i bisogni della comunità possano essere soddisfatti dall'iniziativa privata, assolvendo ad una funzione analoga a quella che svolgerebbe il principio di concorrenza con specifico riferimento alle imprese operanti sul mercato⁵⁹. La sussidiarietà orizzontale viene così intesa in un'accezione di matrice liberale che richiederebbe l'arretramento dello Stato e delle sue articolazioni al cospetto di una società capace di provvedere ai suoi bisogni⁶⁰.

Senonchè, questa accezione non sembra realmente coincidere con il significato della sussidiarietà orizzontale implicato dall'articolo 118 co 4. Cost., ai sensi del quale “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. Il favor evocato dalla norma non si risolve, infatti, in un generalizzato arretramento del pubblico a vantaggio della società civile, ma si traduce nel riconoscimento e nel sostegno delle attività d'interesse generale frutto dell'autonoma e spontanea iniziativa dei privati. Il riferimento è principalmente alle iniziative di “cittadinanza attiva o praticata” variamente inquadrabili nel campo della sussidiarietà orizzontale, quali, solo per citare alcuni esempi, le attività di cura dei beni comuni, le attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, le attività di gestione di spazi verdi⁶¹. Al contrario, le attività di servizio pubblico, anche quando espletate dai privati, sono il frutto di un'apposita iniziativa dell'amministrazione

⁵⁹ In quest'ordine di idee, D. SORACE, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, 1149; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locale e nuove forme di amministrazione*, Atti del Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione tenutosi a Varenna il 21-23 settembre 1995, Milano 1997, 32; più di recente, con riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 202 del 2022, A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., 174, secondo cui “il principio di sussidiarietà orizzontale è destinato ad operare in maniera simile – ma non coincidente – al principio di concorrenza, venendo richiedere agli enti locali di verificare in maniera continuativa l'eventuale idoneità e maturità della società civile, del terzo settore o del mercato ad assicurare – anche alla luce del progresso tecnologico – l'erogazione di attività e di servizi di interesse generale in grado di soddisfare i bisogni essenziali della collettività”.

⁶⁰ Sulle diverse radici del principio di sussidiarietà, tra cui quella riconducibile al pensiero liberale, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., 14

⁶¹ Su questi aspetti, F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.; ID., *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus* 2/2016, 271 ss.; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 2/2019, 339 ss.; G. MACDONALD, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, 2018, Roma 2018; P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli 2023.

correlata alla scelta di soddisfare il bisogno a condizioni differenti da quelle di mercato, secondo un predefinito programma d'intervento. Sia le attività di servizio pubblico che le attività d'interesse generale dei privati soddisfano i bisogni della comunità di riferimento, ma ciò che è differente è il grado di soddisfazione del bisogno che l'una e l'altra attività sono in grado di garantire. Il servizio pubblico soddisfa il bisogno in termini di "accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza", secondo quanto imposto dalla regolazione finalistica del rapporto di pubblico servizio; le attività d'interesse generale soddisfano il bisogno secondo le autonome determinazioni dei soggetti privati, senza risultare assoggettate al ritmo e al programma del soggetto pubblico⁶². Più che decretare un generalizzato arretramento del pubblico a favore del privato, il decreto rimarca soltanto la possibilità che un bisogno possa essere soddisfatto anche in attuazione del principio di sussidiarietà e non necessariamente attraverso l'istituzione del servizio pubblico⁶³; e che l'ente locale debba concretamente sostenere le iniziative provenienti dai privati. Conseguentemente, la sussidiarietà non preclude l'istituzione del servizio pubblico al cospetto di iniziative dei privati, perché diverso è il grado di soddisfazione dei bisogni che il servizio pubblico e i privati sono in grado di assicurare. Al contrario del principio di concorrenza, il principio di

⁶² S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 308: "l'operazione interpretativa di assorbimento, nella nozione di servizio pubblico, *bonne a tout faire*, delle attività private di interesse generale, assimila un impegno – quello dell'operatore privato – esente da responsabilità istituzionale e libero dalla continuità del dovere, con un concetto giuridico concepito per accogliere un'altra fattispecie – quella dell'azione pubblica – diversamente caratterizzata dalla necessità di fornire prestazioni di interesse generale, a fronte di un preciso onere politico e amministrativo"; in termini, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 30, evidenzia come le iniziative autonome di interesse generale considerate dall'articolo 118 Cost. "si collocano bensì in ambiti che appartengono alla sfera d'azione degli enti territoriali, ma non sono strumentali a compiti a determinati che devono essere assolti dagli enti medesimi; si può pensar, ad esempio, a iniziative culturali o di assistenza in situazioni di difficoltà che non sono coperte dal servizio pubblico"; sulla distinzione tra il concetto di attività d'interesse generale e quello di servizio pubblico, D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del terzo settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, cit., 524 ss.; Id., *Pubblico e privato nelle attività d'interesse generale*, cit., 181 ss.

⁶³ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 306, secondo cui "l'affermazione del principio di sussidiarietà non comporta, nemmeno come conseguenza dell'esame del diritto positivo, una soggezione dell'iniziativa economia pubblica a quella privata che vieti la prima in presenza della seconda, implicando piuttosto una attenta e ponderata valutazione circa l'effettiva necessità che, in presenza di risposte al mercato a bisogni di interesse pubblico, sia opportuno avviare attività ulteriori con oneri a carico dei soggetti pubblici".

sussidiarietà non sembra assumere una specifica rilevanza nemmeno ai fini della scelta sulle modalità di gestione del servizio, dal momento che, anche quando la prestazione è concretamente eseguita da un privato, l'attività è pur sempre svolta in un contesto organizzativo già predisposto, secondo il programma e il ritmo impressi dall'ente locale, e non è dunque ascrivibile ad alcuna "autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati"⁶⁴.

Un impatto diretto del principio di sussidiarietà sui servizi pubblici potrebbe riguardare soltanto l'accezione di sussidiarietà recentemente precisata dalla giurisprudenza costituzionale⁶⁵. Nella sentenza n. 131 del 2020⁶⁶, la Corte correla la sussidiarietà orizzontale ad una nuova forma dei rapporti tra amministrazione e privati, nel solco del modello di amministrazione condivisa già da tempo elaborato dalla dottrina amministrativistica⁶⁷. In questo modello l'amministrazione coinvolge i privati nella cura dell'interesse generale, attraverso una collaborazione tra pubblico e privato che investe l'individuazione dei bisogni e la programmazione delle azioni necessarie per la loro soddisfazione.

⁶⁴ In tal senso, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit. 27 ss.; per una diversa prospettiva, A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009 ss.; si vedano anche le considerazioni di F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO - F. VESSIA, Milano 2017, 271 ss, secondo cui "il fondamento di legittimità degli affidamenti in house, ossia il principio di necessità e proporzionalità in applicazione della regola della sussidiarietà orizzontale, deriva dalle fonti comunitarie e costituisce il recepimento delle interpretazioni che la Corte di Giustizia ha fatto dell'articolo 1056, c.2. TFUE".

⁶⁵ E. ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, cit., 88 ss.

⁶⁶ Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it.*; con riferimento all'articolo 55 d.lgs. n. 117/2017, la Corte rileva che "in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria", precisando che l'art. 55 in esame pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare "il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS, così da configurarsi "un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici" che si sostanzia in una "specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale"(per un commento alla sentenza, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sent. n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 5/2020, 1184 ss.).

⁶⁷ Sull'amministrazione condivisa e la sua teorizzazione, il principale riferimento è G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 19997, 29 ss.; si veda anche il recente volume *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA e M. BOMBARDELLI, Napoli 2022.

L'apporto dei privati non s'inquadra in un rapporto sinallagmatico in cui la prestazione è remunerata attraverso un corrispettivo, ma in una collaborazione per la cura dell'interesse generale estranea alle logiche del mercato e del profitto. Il riferimento diretto della Corte costituzionale è agli istituti della coprogrammazione e della coprogettazione attualmente disciplinati dall'articolo 55 del codice del terzo settore⁶⁸, ma il modello dell'amministrazione condivisa riguarda in generale tutte le ipotesi in cui tra pubblico e privato si instaura un rapporto di collaborazione finalizzato alla cura dell'interesse generale, in un contesto generalmente privo di rilevanza economica e ispirato da intenti solidaristici. Non è, però, da escludersi che analoghe collaborazioni possano essere praticate anche nel campo dei servizi pubblici di rilevanza economica⁶⁹. Ad esempio, i privati potrebbero dare il loro contributo alle valutazioni dell'ente locale sull'opportunità o meno di istituire un servizio pubblico. Così come accade per la coprogrammazione disciplinata dal codice del terzo settore, il coinvolgimento dei privati potrebbe rivelarsi utile sia per individuare meglio i bisogni che realmente emergono nella comunità di riferimento, sia per verificare quale sia il grado di soddisfazione richiesto per quei bisogni, se sia necessaria una loro soddisfazione alle condizioni del servizio pubblico o se, invece, sia sufficiente la soddisfazione che la società o il mercato può autonomamente garantire. In questa prospettiva, la rilevanza del principio di sussidiarietà risiederebbe nell'apporto che i privati possono dare a questa valutazione, in quanto soggetti necessariamente coinvolti nel relativo procedimento amministrativo. Nel d.lgs. n. 201 del 2022 si prevede soltanto che *“nell'organizzazione e nella erogazione dei servizi di interesse generale di livello locale è assicurata la centralità del cittadino*

⁶⁸ Sugli istituti della coprogrammazione e della coprogettazione, D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività d'interesse generale*, cit., 443 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino 2021; R. PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli 2023, 157 ss.; sulla collaborazione tra il pubblico e il privato sociale nel settore sanitario, F. APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità*, in questo numero della *Rivista*.

⁶⁹ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, private, interessi generali e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, cit., 307, secondo cui “sebbene la sentenza della Consulta si riferisca al settore delle iniziative private sociali, appartenenti al mondo del terzo settore, essa esprime certamente un principio più generale, nella parte in cui accetta che la cura dell'interesse comune non è oggetto di alcun monopolio pubblico”; il coinvolgimento dei privati è stato esaminato anche con specifico riferimento alla stesura delle carte dei servizi, nell'ottica di riconoscere al cittadino “la possibilità di incidere direttamente sulle condizioni di offerta dei servizi” (M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir.amm.*, 1/2014, 391).

e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva", ma, al di là di questo generico richiamo, mancano delle disposizioni più specifiche che impongano all'ente di coinvolgere attivamente i privati nella fase d'istituzione del servizio. Né sembra muoversi nel senso auspicato l'articolo 10, co.5, secondo cui "la deliberazione di istituzione del servizio (...) può essere sottoposta a consultazione pubblica prima della sua adozione", dal momento che la consultazione è prevista come meramente facoltativa e in ogni caso interverrebbe solo quando la delibera sia già stata definita nei suoi contenuti. Ugualmente è a dirsi per l'articolo 18 secondo cui gli enti locali, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, "possono attivare con enti del terzo settore rapporti di partenariato (...) per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico di rilevanza economica locale"⁷⁰. Il partenariato sarebbe, infatti, attivato solo a valle dell'istituzione del servizio, quando la valutazione sui bisogni è già stata effettuata dall'ente, e riguarderebbe in ogni caso progetti da ricondurre funzionalmente al servizio già istituito.

8. Osservazioni conclusive

L'attuale nozione di servizio pubblico locale, così come codificata nel d.lgs. n. 201 del 2022, implica l'espletamento delle prestazioni a condizioni differenti da quelle offerte sul mercato. Una nozione così rigida e precisa rappresenta un rilevante parametro di riferimento per la decisione sull'istituzione del servizio, in quanto la condiziona alla rilevata necessità di soddisfare il bisogno alle condizioni di "accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza". Al contempo, la nozione riduce la rilevanza dei principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella fase istitutiva, dequotando l'idea che il servizio non debba essere istituito se il bisogno risulti soddisfatto dalla società civile o dal mercato. Se il principio di concorrenza riacquista piena rilevanza nella scelta sulle modalità di gestione, non altrettanto vale per il principio di sussidiarietà. Lungi dal risolversi in un generalizzato arretramento del pubblico a fronte di una società in grado di provvedere ai suoi bisogni, il principio di sussidiarietà implica più limitatamente che i bisogni possano

⁷⁰ Per un commento della norma, M. CROCE, *Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, cit., 317 ss.

essere soddisfatti anche dalle autonome iniziative dei privati e che gli enti locali debbano sostenere tali iniziative.

Se, dunque, è la stessa nozione di servizio pubblico ad orientare la scelta sull'istituzione del servizio, è pur vero che tale nozione non rappresenta un limite particolarmente stringente per la discrezionalità amministrativa, in quanto il *come* soddisfare i bisogni risponde ad un'opzione politica di fondo incentrata sul grado di coesione sociale e omogeneità di sviluppo che l'ente intende assicurare. Conseguentemente, un eventuale sindacato giurisdizionale sulla scelta di assumere il servizio continuerà ad assestarsi su un ordinario controllo di proporzionalità e ragionevolezza che, per quanto intenso possa essere, resta connotato da un'intrinseca e fisiologica elasticità. Un controllo più rigido potrebbe derivare dal coinvolgimento dei privati nella fase d'individuazione dei bisogni e degli eventuali interventi per soddisfarli, nel solco di quel modello di amministrazione condivisa che identifica oggi l'accezione più avanzata della sussidiarietà orizzontale. Ovviamente, affinché la collaborazione tra pubblico e privato possa proficuamente svolgersi, dovrebbe essere istituzionalizzato un apposito momento procedimentale, prevedendo forme e modi del coinvolgimento. Va da sé che un siffatto coinvolgimento ridurrebbe la discrezionalità della scelta imponendo all'ente locale di tenere in adeguata considerazione i risultati della collaborazione. Al contempo, gli esiti della collaborazione offrirebbero al controllo di proporzionalità e ragionevolezza un più saldo parametro di riferimento. È, però, un dato che, al momento, il d.lgs. n. 201 del 2022 non contempla questo tipo di coinvolgimento, rivelando in ciò una battuta d'arresto nell'attuazione della sussidiarietà orizzontale.