



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 218 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis
decisione del 5 ottobre 2021, deposito del 23 novembre 2021
comunicato stampa del [23 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [166 del 2020](#)

parole chiave:

APPALTI PUBBLICI – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – AFFIDAMENTI DEI
CONCESSIONARI – LIBERA CONCORRENZA – LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA

disposizioni impugnate:

- art. 1, comma 1, lett. *iii*), della [legge 28 gennaio 2016, n. 11](#);
- art. 177, comma 1, del [decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, primo comma, 41, primo comma, e 97, secondo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'**obbligo, per i titolari di concessioni affidate direttamente, di esternalizzare integralmente l'attività oggetto di concessione**. La questione è stata sollevata dal Consiglio di Stato tenuto, nel giudizio *a quo*, a fare applicazione dell'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), con cui è stato dato seguito a quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. *iii*), della legge di delega n. 11 del 2016. Quest'ultima previsione stabilisce un «obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura di evidenza pubblica». Il restante 20 per cento – prosegue la disposizione – può essere realizzato da società *in house* per i soggetti pubblici o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica (anche di tipo semplificato). In seguito, il legislatore delegato ha trasposto, pressoché integralmente, tale principio e criterio direttivo all'interno del citato art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedendo il suddetto obbligo di esternalizzazione per i titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già esistenti, qualora esse non siano state affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica.

Tale obbligo è stato previsto **in attuazione dei principi comunitari in materia di libera concorrenza** sviluppatasi a partire dalla direttiva 89/440/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli

appalti di lavori pubblici. Il legislatore nazionale, infatti, è intervenuto **per sanare il contrasto con tali principi determinatosi in occasione dell'affidamento senza gara delle concessioni**, per cui è stato previsto – già con la legge n. 109 del 1994 – l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi i lavori pubblici non realizzati direttamente o tramite imprese controllate. Tuttavia, come emerge anche dalla ricostruzione normativa effettuata dalla Corte costituzionale, il diritto dell'Unione europea non ha mai qualificato l'esternalizzazione con affidamento a terzi dell'attività oggetto di concessione come un *obbligo*, bensì come una mera *facoltà*. Tale approccio è stato confermato, da ultimo, anche dalla direttiva 2014/23/UE, attuata proprio dalla legge di delega n. 11 del 2016.

Ebbene, secondo il giudice rimettente, l'obbligo di dismissione totalitaria previsto dall'art. 1, comma 1, lett. *iii*), della legge di delega n. 11 del 2016 e dall'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016, traducendosi in un **impedimento assoluto e definitivo a proseguire l'attività economica privata, risulterebbe lesivo dell'art. 41 Cost.** Ciò anche in considerazione del fatto che il ruolo del privato concessionario ne risulterebbe del tutto snaturato, essendo ridotto – ad avviso del Consiglio di Stato – a quello di mera stazione appaltante. Inoltre, viene contestato il mancato equilibrio delle norme censurate, che **trascurebbero le legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività economica in corso di svolgimento, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.** Il contrasto con tale disposizione costituzionale viene lamentato anche in termini di ragionevolezza, per la previsione di un obbligo di dismissione **indistinto e generalizzato**, in quanto indipendente dalla effettiva dimensione della struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall'oggetto e dall'importanza del settore di riferimento, dal valore economico, dalla durata, ecc.

Nell'esaminare le questioni di legittimità costituzionale, la Corte, in primo luogo, osserva come le misure previste dalle norme censurate siano dirette a favorire l'apertura alla concorrenza, restituendo al mercato segmenti di attività ad esso originariamente sottratti con concessioni senza gara. Sarebbe questo, infatti, il senso di prevedere l'obbligo per i concessionari di esternalizzare la propria attività, affidando a terzi, con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relative alle concessioni e di realizzare la restante parte tramite società *in house*, per i soggetti pubblici, o società controllate o collegate, per i soggetti privati, o, ancora, tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica. Tuttavia, secondo il rimettente, si tratterebbe di un obbligo che, **pur perseguendo l'apprezzabile finalità di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche, deve considerarsi irragionevole in quanto eccessivamente gravoso.**

Il giudice delle leggi rileva, dunque, di essere chiamato «a verificare in che misura la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. [...] possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, la quale, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale» (par. 8.4 *Cons. dir.*). Sul punto la Corte evidenzia come uno degli aspetti caratterizzanti la libertà di iniziativa economica sia costituito dalle possibilità di scelta, spettanti all'imprenditore, circa aspetti quali l'attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione, i sistemi di gestione o le tipologie di corrispettivo. Se, dunque, il legislatore può legittimamente limitare la libertà di iniziativa economica per conformarla ai principi della concorrenza, deve pur sempre trattarsi di limiti ragionevoli e **che tengano in considerazione la totalità degli interessi coinvolti**, non potendosi arrivare al punto di adottare misure che svuotino radicalmente tale libertà, come avverrebbe con il completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere scelte organizzative, che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa.

Per tali ragioni, l'obbligo previsto dalle disposizioni censurate viene considerato come «**una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica**, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera *iii*), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.» (par. 8.5 *Cons. dir.*).

Secondo la Corte, tale irragionevolezza deriva, in primo luogo, dalle dimensioni del suo oggetto, poiché, sulla base della normativa censurata, la parte più grande delle attività concesse deve essere appaltata a terzi e la restante parte comunque non può essere compiuta direttamente. Il fatto che il

concessionario non conservi neanche un minimo di attività operativa lo tramuterebbe in un soggetto esclusivamente preposto alla funzione burocratica di affidamento di commesse, come se fosse una mera stazione appaltante; sebbene – osserva la Corte – la garanzia della libertà d’impresa non riguardi solo la prospettiva del profitto, ma attenga soprattutto alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento (cfr. par. 8.5.1 *Cons. dir.*).

L’irragionevolezza del vincolo in esame, inoltre, risulta determinata anche dalla **mancanza di una possibile differenziazione o graduazione** sulla base di elementi rilevanti che, al contrario, dovrebbero incidere sul bilanciamento con l’interesse della concorrenza, quali, ad esempio, le dimensioni della concessione, i caratteri del soggetto concessionario, l’epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico. Non risulta preso nella dovuta considerazione neanche l’interesse del concessionario che, pur godendo del favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercita un’attività di impresa per il cui svolgimento ha fatto affidamento su investimenti e programmi effettuati sulla base dell’originario rapporto instaurato con il concedente. Tra l’altro, nel bilanciamento non dovrebbero rientrare solo gli interessi dell’imprenditore, ma anche quelli che si collegano alle prestazioni oggetto della concessione, come gli interessi dello stesso concedente, degli eventuali utenti del servizio e del personale occupato nell’impresa.

Tali elementi impediscono alle disposizioni censurate di superare anche la doverosa verifica di proporzionalità. L’obbligo in esame, infatti, non risulta di certo lo strumento che determina il sacrificio minore fra quelli idonei a raggiungere lo scopo. Al contrario, il legislatore avrebbe dovuto perseguire l’obiettivo di tutela della concorrenza, non con una misura radicale e indistinta, ma – per l’appunto – calibrando l’obbligo di affidamento all’esterno sulla base delle varie e differenziate situazioni concrete e del quadro completo degli interessi rilevanti, ad esempio con una modulazione dei tempi o escludendo l’obbligo in caso di situazioni meritevoli di particolare protezione (cfr. par. 8.5.2 *Cons. dir.*).

La Corte conclude evidenziando come dall’illegittimità delle disposizioni censurate, in particolare dell’art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, derivi conseguenzialmente anche l’illegittimità dei successivi commi 2 e 3 del medesimo articolo: del comma 2 perché esso fissa il termine per consentire l’adeguamento delle concessioni a quanto previsto dal comma 1; del comma 3 perché si occupa di disciplinare la verifica del rispetto dei limiti previsti dalla normativa in esame da parte dei soggetti preposti e dall’ANAC.

Andrea Giubilei