

**L'illegittimità costituzionale  
dell'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici**

## IN BREVE

*Con la sentenza 23 novembre 2021 n. 218, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici e delle disposizioni della legge delega n. 11 del 2016 in base alle quali è stato adottato. L'articolo 177 prevedeva a carico dei titolari di concessioni già in essere, di importo pari o superiore a 150 000 euro, non assegnate con la finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica l'obbligo di esternalizzare l'80 per cento dell'attività oggetto della concessione mediante appalto a terzi e di realizzare il restante 20 per cento tramite società in house o società controllate o collegate, oppure tramite operatori individuati mediante procedura a evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.*

*L'obbligo di dismissione totalitaria dell'attività è stato ritenuto dalla Corte costituzionale una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine di promuovere l'apertura al mercato e alla concorrenza. Secondo i giudici costituzionali, un intervento normativo, anche se volto a ricondurre al mercato settori di attività ad esso sottratti, deve tenere conto di tutto il quadro degli interessi in gioco e operarne una ragionevole composizione, nella consapevolezza della complessità delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica.*

### 1. Il quadro normativo di riferimento

La legge 28 gennaio 2016, n. 11, contenente la delega legislativa per l'attuazione delle direttive europee del 2014 su appalti pubblici e concessioni e per il riordino della normativa nazionale in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, conteneva tra i criteri di delega quello di obbligare i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni, di importo superiore a 150 000 euro, non affidate mediante la finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica di esternalizzare l'80 per cento dei relativi contratti di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica e di realizzare la restante parte mediante società in house (per i soggetti pubblici) o società controllate o collegate (per i soggetti privati), ovvero mediante operatori individuati mediante procedure a evidenza pubblica anche di tipo semplificato (articolo 1, comma 1, lettera iii). La stessa delega prevedeva un periodo transitorio di adeguamento 'non superiore a ventiquattro mesi' e il coinvolgimento dell'Anac nella verifica del rispetto di tali disposizioni, 'introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità'.

In linea con quanto richiesto dalla legge delega, l'articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) ha introdotto una stringente disciplina che impone ai concessionari l'obbligo di esternalizzare l'attività.

La disciplina, che è stata poi oggetto di una serie di interventi di modifica e integrazione, è articolata in tre commi.

Guardando alla versione più recente, il comma 1 dell'articolo 177 dispone che "i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente Codice, non affidate con formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea" sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedure ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia della professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house nel caso di soggetto pubblici oppure da società direttamente o indirettamente controllate o collegate nel caso di soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica anche di tipo semplificato. Per le concessioni autostradali la quota soggetta all'obbligo di affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica è stata fissata al 60 per cento.

Il termine per adeguarsi alla disciplina, fissato dal comma 2 dell'articolo 177, è stato prorogato a più riprese, e da ultimo fissato al 31 dicembre 2022<sup>1</sup>.

La verifica del rispetto dei limiti previsti dal comma 1 avrebbe dovuto essere effettuata ogni anno da parte dei concedenti e dall'Anac, secondo le modalità previste dall'Anac stessa con apposite linee guida. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati avrebbero dovuto essere corrette entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente era chiamato ad applicare al concessionario una penale pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedure ad evidenza pubblica (articolo 177, comma 3).

---

<sup>1</sup> La data originaria del 18 aprile 2018 è stata prorogata al 31 dicembre 2020 dal decreto legge n. 32/2019 (articolo 1, comma 20, lett. bb), poi al 31 dicembre 2021 dal decreto legge n. 162/2019 (articolo 1, comma 9-bis lett. a) e infine fissata al 31 dicembre 2022 con il decreto legge n. 77/2021 (articolo 47-ter, comma 1).

In attuazione del comma 3 dell'articolo 177, nel 2018 l'Anac ha adottato Linee guida n. sulle modalità di verifica del rispetto dell'obbligo di dismissione di cui all'articolo 177, comma 1<sup>2</sup>.

## **2. La vicenda processuale e la rimessione alla Corte costituzionale**

Dopo l'emanazione delle Linee guida dell'Anac, un soggetto gestore di impianti di illuminazione pubblica operante in alcuni comuni della Lombardia ha presentato ricorso al Tar Lazio lamentandone l'illegittimità per molteplici profili. In via subordinata la società ricorrente ha prospettato l'illegittimità costituzionale delle medesime linee guida e dell'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici.

Il Tar Lazio ha rigettato la richiesta della parte ricorrente dichiarando inammissibile il ricorso per carenza di immediata lesività del provvedimento impugnato. La lesione della posizione giuridica dei concessionari sarebbe derivata, infatti, non dalle prescrizioni contenute nelle Linee guida ma dall'eventuale successivo atto applicativo con cui venisse contestata all'impresa una situazione di squilibrio in violazione della disciplina<sup>3</sup>.

La società ha presentato appello davanti al Consiglio di Stato, chiedendo la riforma della sentenza di primo grado, con conseguente dichiarazione di illegittimità delle Linee Guida Anac e valutazione della non manifesta infondatezza della prospettata questione di legittimità costituzionale.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato il primo motivo d'appello, relativo alla immediata lesività delle Linee Guida impuginate. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha osservato che "sebbene formalmente le Linee Guida siano articolate in due parti, tuttavia esse nel complesso costituiscono dal punto di vista logico e sistematico un corpus regolatorio unico, in cui la parte I (di natura dichiaratamente interpretativa) è finalizzata ad individuare il corretto ambito di applicazione dell'articolo 177, su cui sono destinate ad incidere le indicazioni contenute nella seconda parte". L'argomento (a prescindere dalla sua fondatezza) secondo cui con le Linee guida l'Anac avrebbe regolato aspetti non rientranti nei limiti fissati dall'articolo 177, comma 3, è stato ritenuto sufficiente a ritenere ammissibile il ricorso. Peraltro, il Consiglio di Stato ha

---

<sup>2</sup> Deliberazione n. 614 del 4 luglio 2018. Le Linee guida sono state successivamente aggiornate e integrate con la delibera n. 570 del 26 giugno 2019.

<sup>3</sup> Sentenza del Tar Lazio, Sezione I, 15 luglio 2019, n. 9309.

osservato che alcune indicazioni contenute nelle Linee guida costituivano vincoli conformativi puntuali alla successiva attività degli enti concedenti e dei concessionari, per i quali non residuavano facoltà di modulazione. Questa circostanza contribuiva a rendere le Linee guida direttamente impugnabili.

Dopo aver riformato la sentenza del Tar per questo aspetto, il Consiglio di Stato ha proceduto nell'esame delle censure sollevate in primo grado e riproposte con l'appello. Osservando che le Linee guida sono state adottate in applicazione dell'articolo 177, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, i giudici amministrativi hanno ritenuto opportuno esaminare per prime le censure relative ai dubbi di legittimità dell'articolo 177 e della norma di delega (art. 1, comma 1, lettera iii della legge n. 11/2016), rispetto a quelle relative alle linee guida, per ragioni di priorità logico-giuridica.

Il Consiglio di Stato ha iniziato l'esame valutando anzitutto la compatibilità delle norme con il diritto europeo.

I giudici amministrativi hanno osservato che le disposizioni in esame per un verso sono estranee al perimetro delle direttive comunitarie e per altro verso rappresentano strumenti attuativi dei principi comunitari di concorrenza e di massima apertura al mercato. Ciò esclude in radice la fondatezza dei dubbi inerenti la violazione del diritto europeo.

Il tema della possibile illegittimità si pone quindi esclusivamente sul piano del diritto interno. A questo riguardo, il Consiglio di Stato ha escluso che si possa ipotizzare il mancato rispetto delle previsioni nazionali sul divieto del gold plating<sup>4</sup>. A riguardo i giudici amministrativi richiamano l'orientamento della Corte costituzionale, secondo cui il divieto di gold plating è volto a impedire che nell'ordinamento nazionale siano introdotti oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducono la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini<sup>5</sup>, circostanza che non si presenterebbe nel caso di specie.

Per quanto riguarda i dubbi di legittimità costituzionale, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter percorrere la via di un'interpretazione non letterale delle norme 'costituzionalmente orientata', a differenza di quanto auspicato dalla ricorrente ed ha quindi osservato che le questioni di legittimità costituzionale sollevate risultavano non

---

<sup>4</sup> Si ricorda che la legge n. 246/2005 vieta l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive (articolo 14, comma 24-ter); tuttavia, il divieto di gold plating può essere superato se l'amministrazione "dà conto delle circostanze eccezionali, ... in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria (articolo 14, comma 24 - quater).

<sup>5</sup> Cfr. Corte costituzionale sentenza 27 maggio 2020, n. 100.

manifestamente infondate, così da giustificare la rimessione del caso alla Corte costituzionale.

Anzitutto, è stato rilevato che l'obbligo di dismettere l'intera concessione a terzi, anche se ispirato a finalità concorrenziali, è suscettibile di comportare uno stravolgimento degli equilibri economico-finanziari sottesi al rapporto concessorio su cui si fondano le scelte di pianificazione e operative del concessionario. Conseguentemente, l'attività del concessionario verrebbe ridotta a quella di mera stazione appaltante, con l'unico compito di disciplinare ed attuare l'affidamento a terzi dell'originaria concessione affidata dall'amministrazione. Ciò "appare foriero di una vera e propria disgregazione del sottostante compendio aziendale, con conseguente depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento del rapporto concessorio", con possibile pregiudizio anche per l'interesse pubblico all'attuazione della concessione.

Prevedendo un impedimento assoluto e definitivo della prosecuzione dell'attività economica, secondo il Consiglio di Stato il legislatore sembra aver totalmente pretermesso le esigenze di tutela della libertà di impresa e di mantenimento della funzionalità complessiva della concessione.

Un ulteriore aspetto che ha portato il Consiglio di Stato a dichiarare la non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale relativi all'articolo 177, comma 1, attiene al fatto che l'obbligo di dismissione riguarda indistintamente tutti i concessionari titolari di affidamento senza gara, indipendentemente dalla struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall'oggetto e dall'importanza del settore strategico cui si riferisce la concessione, oltre che dal suo valore economico e dal fatto che il contratto di concessione fosse ancora in corso al momento dell'entrata in vigore dell'obbligo di dismissione o la concessione fosse scaduta e versasse in una situazione di proroga.

Pertanto, con sentenza non definitiva del 19 agosto 2020 n. 5097, il Consiglio di Stato ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, lettera iii) della legge delega n. 11/2016 e dell'articolo 177, comma 1 del decreto legislativo n. 50/2016, per violazione degli articoli 3, primo comma, 41, primo comma, e 97, secondo comma della Costituzione.

### **3. La pronuncia della Corte costituzionale**

Prima di esaminare le questioni sollevate nel merito, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario ricostruire la genesi della normativa censurata, alla luce dell'evoluzione della normativa europea e di quella nazionale di recepimento, sottolineando che su

questi temi il legislatore europeo sin dai primi interventi ha ritenuto utilizzare lo strumento delle direttive, che consentono agli Stati membri di perseguire gli obiettivi europei modulando gli strumenti in relazione alle proprie specificità.

Le prime disposizioni su facoltà e obblighi di esternalizzazione riguardavano solo l'aggiudicazione di contratti di lavori pubblici: nella direttiva 89/440/CE (poi abrogata) era previsto che l'amministrazione aggiudicatrice poteva, alternativamente, imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti a una percentuale minima del 30 per cento del valore dei lavori oggetto di concessione, pur prevedendo la facoltà per i concessionari di aumentare tale percentuale (la percentuale minima doveva figurare nel contratto di concessione), oppure invitare i candidati concessionari a dichiarare nelle loro offerte la percentuale, ove sussistesse, del valore dei lavori oggetto di concessione che intendevano affidare a terzi. Al contempo veniva previsto che le amministrazioni aggiudicatrici rendessero nota l'intenzione di ricorrere alla concessione di lavori pubblici tramite un bando di gara e che anche i concessionari di lavori che non fossero amministrazioni aggiudicatrici e che intendessero stipulare un appalto di lavori con un terzo facessero conoscere tale intenzione con un bando di gara.

Queste previsioni sono state sostanzialmente mantenute nella successiva direttiva 93/37/CE e sono state recepite, sempre con esclusivo riferimento ai lavori pubblici, nell'articolo 2 della legge n. 109/1994 (legge Merloni). La Corte costituzionale segnala una modifica introdotta dalla legge n. 166/2002, in base alla quale "per la realizzazione delle opere previste nelle convenzioni già assentite alla data del 30 giugno 2002 ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori". Per le restanti concessioni era lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta se imporre o meno un obbligo di affidamento a terzi in misura minima del 30 per cento.

Anche nel decreto legislativo n. 163 del 2006, adottato in attuazione delle direttive appalti del 2004, il legislatore nazionale ha seguito un approccio analogo. In generale, per le concessioni di lavori affidate con gara la scelta se prevedere o meno una percentuale minima non inferiore al 30 per cento da affidare a terzi era lasciata alla stazione appaltante (art. 146). Anche in questo caso era previsto, in aggiunta, un regime transitorio per le concessioni già assentite al 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva: in tali ipotesi, i titolari erano tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici (art. 253, comma 25).

Nella sentenza qui analizzata, la Corte costituzionale sottolinea quindi che con le ultime direttive europee in materia di appalti e concessioni, adottate nel 2014, la disciplina europea è stata innovata profondamente. Le concessioni di lavori, infatti, sono considerate insieme alle concessioni di servizi in una direttiva ad hoc (direttiva 2014/23/UE). Questa direttiva non prevede alcun obbligo di esternalizzazione.

I giudici costituzionali osservano quindi che, pur con alcune oscillazioni, la normativa europea sulle concessioni è “piuttosto stabile nell'escludere un radicale obbligo di affidamento a terzi, finanche per le concessioni già assentite, rinnovate o prorogate”.

Quanto all'origine dell'articolo 1, comma 1, lettera iii) della legge delega n. 11/2016 che, come anticipato, ha previsto l'obbligo di esternalizzazione dell'80% per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici di importo superiore a 150 000 euro non assegnate con procedura ad evidenza pubblica o mediante finanza di progetto, e l'ulteriore obbligo di svolgere il restante 20% dell'attività mediante società in house o (per i privati) soggetti controllati o collegati, la Corte osserva che non era contenuto nel testo del disegno di legge presentato dal Governo ed è stato aggiunto nel corso dell'iter parlamentare. La sostanza di questo principio e criterio direttivo è stata riprodotta, in attuazione della delega, nell'articolo 177 del decreto legislativo n. 50/2016.

Oltre a ricordare che il termine per l'adeguamento previsto dal comma 2, primo periodo, dell'articolo 177 è stato prorogato a più riprese, da ultimo fissato al 31 dicembre 2022, la Corte costituzionale richiama le posizioni espresse dal Consiglio di Stato in sede consultiva, in base alle quali la disposizione si applica solo alle concessioni già in essere e la finalità perseguita dal legislatore delegante e realizzata da quello delegato è quella di ‘imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte’<sup>6</sup>.

L'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale verte sul principio e criterio direttivo della legge delega e sull'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici, in ragione dell'identità sostanziale delle due disposizioni censurate.

Un primo interessante approfondimento da parte della Corte riguarda la praticabilità o meno in questo caso dell'interpretazione costituzionalmente orientata, auspicata

---

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, sezione I, parere 28 aprile 2020, n. 823.



dall'impresa ricorrente nel giudizio davanti al giudice amministrativo, che riferirebbe l'applicazione delle quote dell'80 per cento e del 20 per cento alle sole attività che lo stesso concessionario intenda esternalizzare. La Corte costituzionale rigetta, in linea con quanto già indicato dal Consiglio di Stato, questa possibilità perché in senso opposto a questa interpretazione militano sia l'interpretazione letterale delle disposizioni, sia l'interpretazione sistematica (l'intervento si colloca nell'ambito della "linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali")<sup>7</sup>. La Corte ricorda come anche il Consiglio di Stato abbia sostenuto, in sede consultiva, un'interpretazione diversa da quella proposta dalla ricorrente, pur segnalando alcuni dubbi di costituzionalità della norma così interpretata<sup>8</sup>. Tutte queste ragioni portano la Corte a ritenere che "quella avversata dall'appellante sia l'unica interpretazione possibile, oltre che conforme al criterio direttivo di cui alla legge delega".

Chiarito questo punto, la Corte costituzionale sintetizza i rilievi sollevati dal Consiglio di Stato attinenti al possibile contrasto delle disposizioni con gli articoli 3, primo comma, e 41, primo comma, della Costituzione in quattro punti:

- a. l'obbligo di dismissione totalitaria si traduce in un impedimento assoluto e definitivo a proseguire l'attività economica privata comunque intrapresa e esercitata in base a un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo disposizioni di legge all'epoca vigenti;
- b. le norme censurate determinerebbero uno snaturamento del ruolo del concessionario, ridotto a mera stazione appaltante;
- c. la scelta legislativa non sarebbe equilibrata, trascurando del tutto le legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività;
- d. l'obbligo di dismissione previsto dalle norme è indistinto e generalizzato, indipendentemente dalle caratteristiche economiche e giuridiche del rapporto sottostante.

La Corte osserva che, alla luce di queste censure, le questioni relative all'articolo 41 e all'articolo 3 appaiono legate in modo pressoché inscindibile, poiché nel caso di specie la limitazione della libertà di iniziativa economica trasmoderebbe in una irragionevole compressione di tale libertà. La giurisprudenza costituzionale sulla legittimità delle

---

<sup>7</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 100 del 2020.

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, parere n. 182 del 2018.

restrizioni della libertà di iniziativa economica privata per assicurare l'utilità sociale ne individua il limite insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive.

Nel caso di specie, i giudici costituzionali osservano che l'obbligo di dismissione previsto dall'articolo 177, comma 1 non costituisce un limite al normale dispiegarsi della libertà di iniziativa economica in un contesto di libera concorrenza, ma è finalizzato a favorire l'apertura alla concorrenza attraverso la restituzione al mercato di segmenti di attività ad esso sottratti.

Pur perseguendo l'apprezzabile obiettivo di assicurare la massima apertura alla concorrenza, quindi una finalità che attiene al libero esercizio dell'attività d'impresa, secondo il rimettente l'intervento legislativo sarebbe caratterizzato da un'eccessiva gravosità per i concessionari: l'obbligo generalizzato di esternalizzazione, così come configurato dalle disposizioni in esame, comporterebbe per essi un'eccessiva limitazione della libertà d'impresa, oltrepassando i limiti della ragionevolezza. La Corte quindi si interroga su fino a che punto la libertà di iniziativa economica garantita dall'articolo 41 – da leggere oggi anche alla luce del diritto dell'Unione europea – possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, anch'essa garantita, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività d'impresa, dalla Costituzione per il tramite dello stesso articolo 41<sup>9</sup>.

A tal fine i giudici costituzionali si sono trovati a compiere una complessa operazione di bilanciamento, in cui rilevano da un lato il contesto sociale ed economico di riferimento e le esigenze generali del mercato, dall'altro le legittime aspettative degli operatori che hanno avviato sulla base di investimenti e programmi un'attività imprenditoriale in corso di svolgimento.

La Corte sottolinea che uno degli aspetti caratterizzanti la libertà di iniziativa economica è costituito dalla possibilità che ha l'imprenditore di scegliere l'attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione dell'attività, i sistemi di gestione e le tipologie del corrispettivo. Il legislatore può sicuramente intervenire e limitare tale libertà in funzione della tutela della concorrenza, ponendo ad esempio rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato. Tuttavia, il perseguimento del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi di concorrenza incontra il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione degli altri interessi coinvolti. Secondo i giudici costituzionali la libertà di impresa non può essere oggetto, nemmeno in ragione della

---

<sup>9</sup> La Corte richiama, in particolare, le proprie sentenze n. 129 e n. 7 del 2021 e n. 168 del 2020.

piena realizzazione dei principi di concorrenza, di un radicale svuotamento delle sue prerogative, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative relative alla stessa attività d'impresa.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici hanno ritenuto che l'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, di esternalizzare l'80 per cento delle attività oggetto della concessione e assegnare il restante 20 per cento a società in house o controllate o collegate (nel caso dei privati), costituisce una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto lesiva della libertà di iniziativa economica.

L'irragionevolezza dell'obbligo si collega innanzitutto alle dimensioni dell'oggetto della dismissione: l'80 per cento dell'attività deve essere appaltata a terzi e la modesta parte residua non può comunque essere compiuta direttamente. L'imprenditore concessionario, non conservando alcuna attività operativa, viene trasformato in una mera stazione appaltante. La Corte sottolinea che non vale osservare al riguardo che resterebbero comunque garantiti i profitti della concessione giacché, a prescindere da ogni considerazione di merito, la libertà di impresa non investe soltanto la prospettiva del profitto ma attiene anche e ancor prima alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento.

Un ulteriore indice di irragionevolezza è dato dal fatto che non viene prevista alcuna differenziazione o graduazione per l'apprezzamento dell'interesse alla concorrenza, ad esempio non vengono considerate le dimensioni della concessione (la soglia di 150.000 euro è normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni), le dimensioni e le caratteristiche del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico.

Inoltre, il legislatore ha ommesso del tutto di considerare l'interesse del concessionario che, per quanto possa godere di una posizione di favore, ha sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo affidamento nella stabilità del rapporto concessorio legittimamente instaurato con il concedente. La Corte sottolinea che tale affidamento riguarda, "al di là dell'impresa e delle sue sorti, la prestazione oggetto della concessione e quindi l'interesse del concedente, degli eventuali utenti del servizio nonché del personale occupato dell'impresa e che tali interessi non possono essere completamente pretermessi", come risulta avvenuto nel caso di questa scelta legislativa. Per le stesse ragioni un obbligo radicale e generalizzato di

esternalizzazione non supera nemmeno la verifica di proporzionalità, intesa ad assicurare la scelta dello strumento che determina il sacrificio minore tra quelli idonei a raggiungere lo scopo.

Al contrario, secondo la Corte il legislatore avrebbe dovuto perseguire l'obiettivo della tutela della concorrenza calibrando l'obbligo sulla base delle differenti situazioni concrete, ad esempio attraverso una modulazione dei tempi oppure limitandolo o escludendolo laddove la posizione del destinatario fosse risultata particolarmente meritevole di protezione. Si sarebbe dovuto dare evidenza alle circostanze rilevanti in funzione di un adeguato bilanciamento tra i due diversi aspetti della libertà d'impresa.

In sostanza, la Corte costituzionale riconosce che la previsione legislativa di obblighi a carico dei titolari delle concessioni in essere a suo tempo affidate in modo non concorrenziale può risultare necessario nella prospettiva di ricondurre al mercato settori di attività ad esso sottratti, ma le misure da assumere a tal fine devono tenere conto di tutto il quadro degli interessi rilevanti e operarne una ragionevole composizione nella consapevolezza della complessità delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica. Queste criticità, peraltro, hanno portato alle ripetute proroghe del termine per l'adeguamento da parte dello stesso legislatore.

Sulla base di tali ragioni, con la sentenza 23 novembre 2021, n. 218 i giudici hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, lettera iii) della legge delega n. 11/2016 e dell'articolo 177, comma 1 del Codice dei contratti pubblici ai sensi degli articoli 3, comma 1, e 41, comma 1, della Costituzione.

Dall'illegittimità del comma 1 dell'articolo 177 deriva l'illegittimità costituzionale del successivo comma 2 (che fissa il termine per l'adeguamento delle concessioni esistenti) e del comma 3 (che disciplina la verifica del rispetto dei limiti previsti), in quanto questi integrano e attuano l'obbligo di affidamento previsto dal primo comma.

Assonime

Impresa e Concorrenza

[Impresa.concorrenza@assonime.it](mailto:Impresa.concorrenza@assonime.it)

vietata la riproduzione con qualsiasi mezzo