

IN HOUSE

L'affidamento *in house* al tempo della transizione

SOMMARIO: 1. L'attualità del tema. 2. Dati economici di contesto. 3. L'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici tra diritto positivo e applicazione giurisprudenziale. 4. La tenuta del quadro legislativo vigente: profili di diritto eurounitario. 5. La questione costituzionale. 6. L'affidamento *in house* di diritto speciale. 7. Tendenze ordinamentali in atto. 8. Conclusioni

DI GIUSEPPE URBANO

ABSTRACT: Il contributo analizza l'evoluzione dell'*in house*, soffermandosi in particolare sull'istituto come opzione amministrativa ossia come modalità di affidamento di un servizio in appalto o in concessione.

Le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa o perlomeno meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento.

Al contempo, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – da quelli giurisprudenziali a quelli legislativi in senso stretto per finire agli interventi di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft law* – e non sempre nella stessa direzione.

Attualmente, nel moto pendolare tipico degli istituti dell'intervento pubblico nell'economia, la transizione in atto legata agli ambiziosi obiettivi realizzativi del PNRR colloca l'*in house* in una fase di ascesa, sia pure dai contorni non definiti.

Le recenti riforme sugli appalti e sui servizi pubblici locali confermano questo quadro non univoco. Da un lato, la riforma sugli appalti sembra valorizzare l'*in house* come opportunità organizzativa utile al "risultato". Il nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali, ispirato a una matrice "proconcorrenziale" più forte, sembra invece comprimerlo in linea con la direttrice legislativa tradizionale.

ABSTRACT: *The essay analyses the evolution of the in house providing institution as an administrative option, i.e. as a way of awarding a service by contract or concession.*

The so called "in house companies" have in fact retained a considerable role in the economy, especially at local level. In this respect, there is a different trend from the restrictive guidelines set out in the legislative provisions.

At the same time, the institution continues to be the subject of interventions of various kinds and intensity (jurisprudential, legislative in the strict sense and persuasive or soliciting interventions, so-called soft law) and not always in the same direction.

Currently, in the pendulum motion typical of the institutions of public intervention in the economy, the transition underway, linked to the objectives of the National Recovery and Resilience Plan, places the in house institution in a phase of ascent, although with undefined contours.

The recent reforms of public procurement and local public services confirm this mixed picture. On the one hand, the public procurement reform seems to value the in house institution as an organisational opportunity useful to the "result". The new legislation on local public services, inspired by a stronger "pro-competitive" basis, seems instead to compress it in line with the traditional legislative direction.

1. L'attualità del tema

L'evoluzione del modello della società *in house*, al pari di altri istituti che riguardano l'intervento pubblico nell'economia, è stato caratterizzato nel corso del tempo da un andamento sinusoidale di ascese e declini⁽¹⁾.

Perlomeno nella loro conformazione astratta, le restrizioni poste dall'ordinamento sono giunte al punto che qualche osservatore aveva pessimisticamente intonato il *de profundis* dell'istituto⁽²⁾.

In realtà, le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa, o perlomeno, meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento⁽³⁾. La "resistenza" fattuale alle prescrizioni è, comunque, un tema più generale che riguarda tutte le società a partecipazione pubblica⁽⁴⁾.

Al contempo, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – da quelli giurisprudenziali a quelli legislativi in senso stretto per finire agli interventi di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft*

1 L'espressione è mutuata da M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubb.*, 2004, 1035 e ss., che descrive il bilancio e le prospettive di un altro modello di riferimento dell'intervento pubblico nell'economia, quello delle Autorità indipendenti. Si tratta di un andamento tipico di vari istituti, cangianti a seconda degli orientamenti culturali e politici prevalenti e condizionati in parte da ideologie o più in generale da tendenze dell'opinione pubblica. Con specifico riferimento alle società *in house* il carattere "altalenante" della disciplina è stato analizzato, tra gli altri più recenti, da: A. DI SCIASCIO, *In house providing, società pubbliche, joint venture e affidamenti ad imprese collegate*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici*, 2021, 243 e ss.; H. BONURA E M. VILLANI, *Ancora sulle eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3/2020. Altri studiosi hanno utilizzato espressioni ancor più marcate per enfatizzare le fughe in avanti e i passi indietro dell'ordinamento. Tra gli altri, più di recente, C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? Lart. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *www.federalismi.it*, 2019. È in corso un dibattito generale sul ruolo dello Stato nell'economia, che ha condotto già a una copiosa produzione scientifica. Tra gli altri, più di recente, G. AMATO, *Bentornato Stato, ma, 2022*; P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere, il ritorno dello Stato*, 2021; A. BOITANI, *L'illusione liberista, critica all'ideologia di mercato*, 2021. Con specifico riferimento al ruolo dell'impresa pubblica e della società *in house* rispetto all'evoluzione ordinamentale in corso: S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *www.federalismi.it*, 2020, che vede un possibile ruolo da protagonista per l'impresa pubblica in un nuovo modello di mercato. Per un'analisi giuridica delle discontinuità registrate nella legislazione più recente sul PNRR: C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 751 e ss.; A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2022, 298 e ss.; G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, in *Gior. dir. amm.*, n. 6/2022, 728 e ss.

2 A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house - Nota a CGCE 13 ottobre 2005 (causa C-458/03)*, in *Giust. Amm.*, 2005, 1061 e ss.

3 Il dato emerge dalla Relazione 2021 della Corte dei conti su "Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari", dove si evidenzia la "grande rilevanza" del fenomeno degli affidamenti diretti, in continuità con le analisi degli anni precedenti, e si auspica un maggior monitoraggio dell'effettività dei controlli. Si v. anche la Relazione AIR dell'ANAC relativa al recente schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", 9 (sul punto v. *infra* par. 7). Quest'ultima prende in considerazione anche i dati pubblicati dal Ministero dello sviluppo economico sui servizi pubblici locali, dai quali si ricava che il 50% degli affidamenti avviene in modo diretto e tale dato è pressoché costante negli anni. Per una "fotografia" più recente del sistema delle partecipate, v. il dossier del SERVIZIO PER IL CONTROLLO PARLAMENTARE della CAMERA DEI DEPUTATI, *Monitoraggio e controllo sulle società a partecipazione pubblica e ricognizione degli assetti organizzativi* n. 48, gennaio 2023.

4 Il programma di razionalizzazione delle partecipate locali elaborato dal Commissario straordinario per la revisione della spesa nel 2014 aveva come obiettivo la riduzione drastica delle circa 8 mila partecipate pubbliche all'epoca censite. Le misure ivi previste, sebbene in buona parte tradotte in previsioni legislative in particolare con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (dora in avanti anche "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", "Testo unico" o "TUSP"), non hanno però prodotto i risultati auspicati. Il numero di società e di partecipazioni, nonostante il calo registrato, rimane consistente (v. *infra* par. 2). A tal riguardo, il Ministero dell'economia e delle finanze rileva una diffusa violazione delle norme vigenti e in particolare "un'alta percentuale di partecipazione che [...] sono prive dei requisiti necessari per poter essere mantenute senza interventi di razionalizzazione" (Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche, 2021). In particolare, dal Rapporto si ricava che il 45% delle partecipazioni esaminate non rispettano uno o più parametri previsti dal Testo Unico e che tra queste, nel 75% dei casi, le amministrazioni hanno comunque dichiarato di non voler intraprendere alcuna misura di razionalizzazione (p. 4).

law⁽⁵⁾ – e non sempre nella stessa direzione.

Queste direttrici contrastanti vanno peraltro contestualizzate in un quadro più generale in cui a fluire è l'intera disciplina relativa agli affidamenti pubblici, con il nuovo Codice dei contratti pubblici⁽⁶⁾ e del Testo unico in materia di servizi pubblici locali⁽⁷⁾.

Come si avrà modo di analizzare più in dettaglio, le richiamate norme di riforma si innestano in un contesto ordinamentale condizionato dalle pressanti esigenze realizzative del PNRR⁽⁸⁾. In questo quadro, il legislatore sembra valorizzare ogni possibile strumento organizzativo utile e, tra questi, anche gli istituti – come l'*in house* – che potremmo definire di autorganizzazione amministrativa o anche quelli di interazione amministrativa⁽⁹⁾.

Peraltro, in modo più accentuato rispetto alle esperienze di riforma del passato, sembra emergere, perlomeno nella riforma della disciplina sui contratti pubblici, un

5 Il riferimento è in particolare alle Linee Guida dell'ANAC, la cui natura giuridica è, peraltro, controversa o comunque eterogenea a seconda dell'ambito materiale di intervento. Sul ruolo dell'ANAC in materia: M. CORRADINO E C. CHIARIELLO, *Le società in house e i compiti attribuiti all'ANAC*, in M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATTI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI (a cura di), *Le società in house*, 2020, 195 e ss. Sul tema generale della dilatazione della potestà regolatoria delle pubbliche amministrazioni e sui nuovi strumenti di regolazione: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, 96 e ss. Con riferimento specifico alle Linee Guida dell'ANAC, tra i più recenti, U. FRANGIPANE, *La controversa natura giuridica delle linee guida Anac*, 2022; G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione: soft law with hard effects*, in www.amministrazioneincammino.it, 2020; F. TAORMINA, *Il d.lgs. n. 50 del 2016: principi generali. Ambito di applicazione ed esclusioni. Natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2017, 743; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli? in Dir. amm.*, n. 3/2016, 273 e ss.; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2016. Nel caso delle Linee Guida sull'istituto dell'*in house*, la fonte legittimante generica è l'art. 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (d'ora in avanti anche "Codice dei contratti pubblici"). Secondo gli approdi della giurisprudenza (v., tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. consult., 7 ottobre 2021, n. 1614; Id, 29 luglio 2019, n. 2189 e 1° aprile 2016, n. 855), le Linee Guida adottate sulla base della sopra indicata disposizione sono atti privi di efficacia normativa vincolante, nascenti da iniziative discrezionali dell'ANAC.

6 D. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 in attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78.

7 D. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in attuazione dell'art. 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).

8 L'attuazione del PNRR sta registrando effetti espliciti, che rispondono agli impegni di riforma assunti in sede di negoziazione con la Commissione europea. Si pensi alla riforma cd. "orizzontale" della pubblica amministrazione o a quella "abilitante" degli appalti pubblici che sono spiccatamente orientate alla visione pragmatica del risultato. A tal riguardo, come si vedrà, il nuovo Codice dei contratti pubblici elaborato in attuazione della richiamata legge delega n. 78/2022 ha conferito dignità giuridica proprio al principio innovativo del "risultato" (art. 1), v. *infra* par. 7. Sugli effetti ordinamentali dell'attuazione del PNRR, L. R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessioni sulle norme introdotte dai decreti semplificazioni ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, n. 4/2022, 441 e ss.; M. FERRANTE, C. GUCCIONE, A. SERAFINI, *Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2021; R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 729 e ss.; C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 6/2021, 751 e ss. L'attuazione del PNRR ma anche effetti impliciti. I meccanismi di funzionamento delle amministrazioni e più in generale delle istituzioni si stanno adeguando agli obiettivi temporali imposti, rendendo possibile l'adozione di provvedimenti complessi, verso i quali l'ordinamento aveva mostrato in passato evidenti sintomi di riluttanza. Sull'adozione della legge annuale sulla concorrenza, A. MOLITERNI, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022, 581 e ss., che parla di una "rete di sicurezza" derivante dal PNRR. Sul rapporto tra PNRR e poteri dello Stato: R. PEREZ, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022; N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in Federalismi.it, n. 7/ 2022; R. CHIEPPA, *Prefazione*, in D. BOLOGNINO - H. BONURA - A. STORTO *I contratti pubblici e il processo amministrativo dopo il decreto semplificazioni-bis*, 2021, III ss.

9 L'autorganizzazione amministrativa è riferibile ai rapporti, come l'*in house*, che sono interorganici, ma non intersoggettivi. L'interazione amministrativa si riferisce ai rapporti intersoggettivi tra diverse pubbliche amministrazioni, come gli accordi di cooperazione.

approccio essenzialista alla regolazione⁽¹⁰⁾.

In questo contesto, non si può escludere che l'*in house*, generalmente inteso come istituto di confine tra l'autorganizzazione amministrativa e il mercato, tra la libera autodeterminazione strumentale e l'efficienza dell'azione amministrativa⁽¹¹⁾, possa conoscere nuove fluttuazioni ed eventualmente un diverso punto di equilibrio, condizionato dalle esigenze di speditezza ed efficacia realizzativa dell'azione amministrativa, che in questo momento sembrano avere un'accentuazione nell'ordinamento.

Gli studi sulle società *in house* si sono focalizzati in passato sul perimetro dell'istituto⁽¹²⁾. Quest'ultimo è stato delineato dapprima dalla giurisprudenza europea⁽¹³⁾ e più di recente è stato trasposto in sede normativa con le Direttive europee sui contratti pubblici⁽¹⁴⁾.

Nell'ordinamento italiano, per via della restrittività della disciplina dell'istituto, che ha posto limiti sostanziali e oneri procedurali di vario tipo, dal rafforzamento della trasparenza alla qualificazione dell'obbligo di motivazione⁽¹⁵⁾, l'analisi si è concentrata anche sull'*in house* come opzione amministrativa e, in particolare, come modalità di affidamento di un servizio in appalto o in concessione.

Il presente contributo si focalizza su quest'ultimo profilo sia per la sua rilevanza nelle questioni applicative più recenti sia perché costituisce l'oggetto principale dei fermenti ordinamentali in atto.

2. Dati economici di contesto

La dimensione economica del tema può essere esaminata guardando anzitutto al ruolo che le società *in house* hanno nel sistema economico.

Al momento non esistono indagini o rapporti, né di istituzioni pubbliche né di soggetti privati, rivolti in modo specifico alle società *in house*, per cui i dati che seguono sono ricavati, ove possibile, dalle analisi più generali svolte sulle società a parteci-

10 La legge delega sugli appalti pubblici reca, tra gli altri il criterio direttivo di dover "assicurare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse" (art. 1, comma 2, lett. a). Come si vedrà, sussistono argomenti per ritenere che il criterio direttivo in esame possa essere letto in modo più restrittivo rispetto a norme di delega del passato apparentemente dello stesso tenore (v. *infra* par. 7).

11 Sul complesso quadro assiologico in cui si innesta l'istituto dell'*in house*, C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing?*, cit., 5. Sulle direttrici della disciplina sulle società a partecipazione pubblica sia consentito il rinvio a un contributo che, al di là dell'evoluzione del diritto positivo, rimane attuale nell'inquadramento di fondo: G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.

12 Rimane un punto di riferimento in materia lo scritto di M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, n. 8/2010. Il tema conserva comunque attualità come dimostrano alcuni scritti recenti. Tra gli altri, G. RUBERTO, *la disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 2021; G. CAIA, *La società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. comm.*, n. 3/2020, 457 e ss. V. anche il lavoro monografico già citato, curato da M. ANTONIOLI, A. BELLAVISTA, M. CORRADINO, V. DONATIVI, F. FRACCHIA, S. GLINIANSKI, A. MALTONI, *Le società in house*, e in particolare i contributi di F. FRACCHIA e S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto Ue (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, 5 e ss.; M. ANTONIOLI, *I requisiti necessari per gli affidamenti in house. Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal Codice dei contratti al Testo unico delle società pubbliche)*, 75 e ss.; V. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, 8 e ss.

13 Sugli approdi dell'evoluzione giurisprudenziale alla vigilia della positivizzazione eurounitaria del 2014 si rinvia a G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 2012. Più di recente: M. TRIMARCHI e R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, n. 3/2022, 426 e ss.

14 Direttive 2014/23/UE sull'affidamento delle concessioni, 2014/24/UE sull'affidamento degli appalti pubblici e 2014/25/UE sull'affidamento degli appalti pubblici nei cd. settori speciali.

15 Il riferimento in particolare è all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, che ha disposto una disciplina speciale dell'affidamento *in house* e sul quale si ritornerà in modo più puntuale nel prosieguo del contributo.

pazione pubblica e, in particolare, su quelle a controllo pubblico⁽¹⁶⁾.

Inoltre, molti documenti di analisi si basano su canali di rilevamento differenti e presentano categorie rappresentative disomogenee, i cui esiti spesso non sono immediatamente conciliabili⁽¹⁷⁾.

In base agli ultimi dati disponibili (2019), si registrano 8.175 “unità economiche” partecipate dal settore pubblico con 932.714 addetti impiegati, pari al 4% degli occupati totali⁽¹⁸⁾. Rispetto al 2015, il numero delle unità economiche è in calo, ma in crescita con riferimento agli addetti impiegati⁽¹⁹⁾.

Nell’ambito delle unità economiche, le società a partecipazione pubblica ammonterebbero a 5.444 e le partecipazioni societarie a 39.748⁽²⁰⁾, registrando una decisa diminuzione rispetto al passato⁽²¹⁾.

L’intensità della partecipazione riscontrabile è eterogenea. A tal riguardo, più della metà risulta controllata (e, spesso, al 100%); in un numero significativo di casi la partecipazione è, al contrario, marginale (in circa 1 caso su 10 la partecipazione è inferiore all’1%)⁽²²⁾.

Non è specificato il numero degli occupati, ma considerando le imprese pubbliche attive nei settori dell’industria e dei servizi (il dato include, dunque, le imprese attive nei servizi pubblici e nelle attività strumentali) il numero è pari a 895.075⁽²³⁾.

La maggior parte delle società a partecipazione pubblica appartengono agli enti

16 Peraltro, i dati sono ricavati da obblighi dichiarativi previsti dalla legge in capo alle amministrazioni, per cui scontano un margine di imprecisione legato all’inadempimento (il tasso di adempimento è pari a circa l’80% con riferimento ai canali monitorati dal MEF, v. *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 5 e ss.). Si tratta, comunque, di dati prossimi alla realtà effettiva, essendo molto alto il tasso di adempimento delle amministrazioni più rilevanti (Ministeri ed enti territoriali più rappresentativi). L’inadempimento dichiarativo maggiore è associato a situazioni locali (Unioni di comuni ed enti territoriali minori) prive di situazioni rilevanti ai fini legali e, dunque, non tali da incidere nella rappresentazione del fenomeno.

17 Il Rapporto annuale del MEF si basa, da un lato, sul censimento previsto dall’art. 17 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e, dall’altro, sulle informazioni previste dalla disciplina sulla razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche di cui all’art. 20 del richiamato Testo Unico. Diverso è l’ambito soggettivo (il TUSP è calibrato sulle pubbliche amministrazioni in senso stretto il cui perimetro è previsto dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2021, mentre il censimento è basato sull’elenco ISTAT) e oggettivo (il TUSP riguarda le partecipazioni societarie, mentre il censimento si riferisce anche alle partecipazioni non societarie). Le rilevazioni dell’ISTAT si basano su una nozione molto ampia di “partecipazione” e include in particolare anche quelle in enti in cui non è previsto il possesso di quote. Oltre alle società di capitali, dunque, vengono rilevate le partecipazioni in associazioni, fondazioni, consorzi di diritto pubblico, ecc. L’ISTAT utilizza inoltre un sistema integrato di dati che prende in considerazione, oltre alle fonti speciali *ad hoc* sopra richiamate, anche le informazioni rese alla CONSOB, il Registro delle imprese gestito dalle Camere di commercio e le informazioni desumibili dai bilanci civilistici e consolidati delle società di capitali (v. *Nota metodologica, Report sulle partecipazioni pubbliche in Italia*, 2022, 9 e ss.). Alcuni Rapporti presentano ambiti di valutazione soggettivamente differenziati al loro interno. A tal riguardo, ad esempio, la Relazione 2021 della Corte dei conti già richiamata limita l’analisi specifica della gestione economica alle sole società a controllo pubblico.

18 ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit., 2. In base alle ultime rilevazioni ISTAT (luglio 2022), il numero di occupati totali in Italia ammonta 23,2 milioni: cfr. ISTAT, *Occupati e disoccupati (dati provvisori)*, settembre 2022.

19 Nel 2015 le unità economiche partecipate dal settore pubblico erano 9.655 e impiegavano 882.012 addetti: cfr. ISTAT, *Le partecipate pubbliche in Italia*, 2017, 1.

20 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, 2022, 11. I dati elaborati si riferiscono al 2019.

21 Nel 2015 sono state rilevate 9.465 partecipate e 56.905 partecipazioni: cfr. MEF, *Rapporto sulle partecipazioni pubbliche*, 2017, 1. Rispetto al 2015, sono diminuite in modo drastico le società a partecipazione pubblica (-42%) e le partecipazioni societarie (-30,2%), ma, se si considerano i dati più generali dell’ISTAT, è rimasta meno accentuata la diminuzione complessiva dell’iniziativa economica degli enti pubblici anche attraverso altri organismi (-15,3%). È di segno opposto, in crescita, la sua rilevanza in termini di occupati (+5,7%).

22 S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Quaderni di economia e finanza di Banca d’Italia, luglio 2020, 5.

23 ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit. Altre rilevazioni registrano valori ancora maggiori (più di 1 milione), ma il perimetro della rilevazione è molto ampio: S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, op. cit., 5. Il dato si riferisce alle partecipate in senso lato e include anche enti non societari.

territoriali⁽²⁴⁾. I Comuni posseggono la maggior parte delle partecipazioni censite e sono presenti nella maggior parte delle società rilevate⁽²⁵⁾.

Anche per le società partecipate dagli enti territoriali non si ha un numero di addetti, ma considerando le imprese attive nei settori dell'industria e dei servizi il numero è pari a 431.216 (quasi la metà del totale)⁽²⁶⁾. Tra questi, poco più della metà sono dipendenti di società a controllo pubblico⁽²⁷⁾.

Incrociando i dati disponibili, sebbene non esista una rilevazione dedicata, è verosimile ritenere che una buona parte delle società controllate al 100% sia qualificabile come società *in house*⁽²⁸⁾. Questa conclusione consente di ricavare – sebbene in modo più indefinito – la rilevanza dell'istituto anche sotto il profilo occupazionale.

Inoltre, da una rielaborazione dei dati presenti nel registro dell'ANAC, si può ritenere che valgano tendenzialmente per le società *in house* alcuni dati ricavati sull'insieme più generale delle società a partecipazione pubblica⁽²⁹⁾.

In particolare, sono in crescita le società *in house* a controllo congiunto. Il dato è correlato alle iniziative dei Comuni più piccoli. Le amministrazioni centrali e le altre grandi amministrazioni sono maggiormente caratterizzate da un rapporto unitario tra partecipazioni e partecipate *in house*⁽³⁰⁾.

Un secondo dato riguarda la forma societaria. La società a responsabilità limitata e la società per azioni sono le tipologie prevalenti. Il restante è distribuito tra società consortile e società cooperativa⁽³¹⁾. Con riferimento alla tipologia di attività, le società *in house* operano in parte nell'ambito dei servizi pubblici e in parte nell'ambito dei servizi strumentali. Molte società hanno invero un oggetto promiscuo.

Questo dato non coincide con quello generale sulle società a partecipazione pubblica, le quali tutt'ora, nonostante i limiti normativi, continuano in una parte significativa ad operare sul libero mercato o comunque su ambiti rispetto ai quali l'interesse pubblico sembra impercettibile⁽³²⁾.

Con riferimento alle attività affidate, su un totale di 18.251 affidamenti (corrispondenti a un impegno annuale pari a poco più di 11 miliardi di euro) relativi a tutti gli

24 Le società partecipate dagli enti territoriali ammonterebbero a 4.880 (Corte dei conti, Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari, Relazione 2021, pp. 2 e 66) nell'ambito di un numero complessivo di organismi partecipati dagli stessi enti pari a 7.154 (*ibidem*, p. 66).

25 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 11. I Comuni posseggono 33.052 partecipazioni (83,2%) e sono presenti in 3.688 società (67,7%), le loro Unioni e le Comunità montane hanno 874 partecipazioni (2,2%) e sono presenti in 397 società (7,3%), le Province e le Città metropolitana registrano 953 partecipazioni (2,4%) e partecipano in 801 società (14,7%), le Regioni hanno 702 partecipazioni (1,8%) e partecipano in 679 società (12,5%). Le residue partecipazioni sono detenute dalle amministrazioni "centrali" e da altre amministrazioni operanti a livello locale (Università, Camere di commercio e loro Unioni, Enti locali del servizio sanitario, autorità portuali e altre amministrazioni locali).

26 Il 48,2% del totale di riferimento: ISTAT, *Report sulle partecipate pubbliche in Italia*, cit. Il dato riflette un tendenziale storico costante come emerge da: European Commission, *Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 3.

27 Gli addetti delle società a controllo pubblico risultano poco più della metà 233.631: Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 96.

28 Nell'elenco detenuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 192, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, risultano 751 iscritte e 444 in fase istruttoria per un totale di 1383 (ANAC, Relazione AIR allo schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", cit., 10).

29 I dati sono ricavati su un campione di 100 società *in house* iscritte nell'elenco ANAC in anni diversi, rispetto alle 751 totalmente iscritte ad oggi.

30 Rispetto al campione riportato, circa la metà risultano a controllo congiunto. La conclusione riflette un'osservazione più generale riferita a tutte le società a partecipazione pubblica: MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 10.

31 Anche questo dato riflette tendenzialmente quello generale: MEF, *op. ult. cit.*, 12.

32 MEF, *op. ult. cit.*, 33 e ss., dove si rileva che circa il 18,9% delle partecipazioni riguarderebbe attività diverse da quelle consentite dagli artt. 4 e 26 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Anche questo dato riflette un tendenziale storico costante: European Commission, *Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 3.

organismi partecipati dagli enti territoriali, le procedure di affidamento diretto sono complessivamente 16.963 (circa il 93%) per un impegno finanziario pari a 9.5 miliardi di euro⁽³³⁾. Preponderante è la quota di servizi pubblici (circa il 64%) dove spiccano in misura ancora maggiore e, anzi, quasi esclusivamente, gli affidamenti diretti.

La rilevanza degli affidamenti *in house* è confermata anche se si considerano gli affidamenti alle sole società partecipate (non tutti gli organismi partecipati) degli enti locali come fa il MEF. In particolare, si registrano 14.027 affidamenti, che riguardano 2.259 società partecipate con la medesima percentuale di affidamenti diretti (93%)⁽³⁴⁾.

Quest'ultimo dato rivela, da un lato, che più amministrazioni possono aver affidato servizi alla medesima società o che una stessa amministrazione può affidare diversi servizi alla stessa partecipata, come accade nel caso delle società multiservizi.

La maggior parte degli affidamenti sono disposti dai Comuni⁽³⁵⁾, peraltro in tutti i settori di attività, incluso quello primario. In prevalenza affidano servizi ricadenti nel settore secondario (il 62% dei servizi affidati dagli stessi) e, in particolare, servizi pubblici aventi ad oggetto la fornitura di energia elettrica, del gas, dei servizi idrici e della gestione dei rifiuti⁽³⁶⁾.

Le Regioni, le Province e le altre amministrazioni locali affidano alle società partecipate servizi che in netta prevalenza ricadono nel settore terziario. Si tratta, in particolare, di servizi erogati a supporto delle proprie funzioni istituzionali (ad es. attività professionali, scientifiche e tecniche, servizi di supporto alle imprese, servizi di informazione e comunicazione)⁽³⁷⁾.

Questi ultimi dati sono ricavati dalla generalità degli affidamenti, ma considerata l'altissima percentuale di affidamenti diretti rilevati rispetto al totale complessivo, si possono correlare tendenzialmente anche a questi ultimi.

Il ruolo delle società *in house* nell'economia non esaurisce la dimensione del tema. Infatti, un'altra prospettiva di osservazione è quella soggettiva interna di economia aziendale. Si tratta principalmente dei dati di gestione attinenti alla performance economico-finanziaria.

La percentuale di imprese pubbliche che registrano una perdita è pari quasi al 20% tra le controllate (a fronte del 30% per cento tra le partecipate)⁽³⁸⁾. La quota di imprese che registrano un utile è aumentata significativamente e progressivamente nel corso dell'ultimo decennio⁽³⁹⁾.

Una quota rilevante, pari al 9,79%, ha avuto un risultato economico negativo in almeno 4 degli ultimi esercizi⁽⁴⁰⁾.

Il livello di profittabilità delle imprese pubbliche è ugualmente basso sia per le società controllate sia per quelle meramente partecipate. L'incidenza del costo del lavoro rispetto al fatturato è alta, con un'accentuazione per le società a controllo pubblico. Quest'ultimo risultato riflette sia una maggiore quantità di input lavoro utilizzata nelle controllate (numero di dipendenti in rapporto al fatturato) sia retri-

33 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 148.

34 MEF, *op. ult. cit.*, 16. La percentuale è riferita agli affidamenti e non alle società. Gli affidamenti con gara sono il 6% e quelli con gara a doppio oggetto solo l'1%

35 MEF, *op. ult. cit.*, 17. Rispetto agli affidamenti totali alle partecipate locali (14.027), 12.677 risultano effettuati dai Comuni, 115 dalle Province e dalle Città metropolitane e 95 dalle Regioni.

36 MEF, *op. ult. cit.*, 17.

37 MEF, *op. ult. cit.*, 17.

38 S. MOCETTI e G. ROMA, *Da 8.000 a 1.000? Razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, op. cit., 15. L'analisi è riferita alle società di capitali non finanziarie, controllate e partecipate, presenti nell'archivio di Cerved Group (che rappresentano quasi il 75% del totale). Si tratta di una caratteristica strutturale del sistema delle partecipate locali: v. *European Commission, Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016, 5.

39 S. MOCETTI e G. ROMA, *op. ult. cit.*, 15.

40 MEF, *Rapporto sulle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche*, cit., 30.

buzioni in media più elevate⁽⁴¹⁾.

Alcuni dati più puntuali sono disponibili con riferimento alle controllate pubbliche degli enti territoriali.

L'aggregato degli utili è superiore a quello delle perdite (in rapporto pari 7 a 1), ma il dato non è omogeneo sul territorio. Infatti, in molte regioni del Sud e delle Isole, le perdite superano gli utili⁽⁴²⁾. In linea con il dato generale, il 23% delle società controllate è in perdita. In percentuale il numero delle società in perdita è maggiore nelle società strumentali (27,7%) rispetto a quello delle società che operano nei servizi pubblici locali (16,36%)⁽⁴³⁾.

Il valore medio di incidenza del costo del personale sul costo della produzione è pari al 20,39%, ma anche con riferimento a tale indicatore si riscontrano punte molto elevate in alcune regioni del Sud e nelle Isole⁽⁴⁴⁾.

Il valore della produzione per unità di personale copre di poco il costo della produzione, realizzando così un margine operativo lordo (MOL) minimo⁽⁴⁵⁾, sintomatico di una gestione economica poco efficiente. In alcuni casi (Molise e Calabria), peraltro, il costo unitario della produzione è maggiore del valore della produzione⁽⁴⁶⁾.

Non sono disponibili dati specifici sulle società *in house*, ma da alcune indagini è ricavabile una situazione in linea con quella delle società a controllo pubblico e, per certi versi, decisamente peggiore⁽⁴⁷⁾.

3. L'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici⁽⁴⁸⁾ tra diritto positivo e applicazione giurisprudenziale

Anche dopo la positivizzazione dell'istituto, sono rimaste frequenti le pronunce giurisprudenziali in materia.

Rispetto al passato, però, quando la giurisprudenza si è occupata prevalentemente di definire il perimetro dell'istituto, vale a dire dei suoi presupposti costitutivi⁽⁴⁹⁾, quella più recente è stata chiamata ad occuparsi della questione a monte della legittimità della normativa nazionale più restrittiva con riferimento alle modalità di affidamento di un contratto alla società *in house*.

In particolare, l'osservato speciale è stato l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici,

41 S. MOCETTI e G. ROMA, op. cit., 15-16. Il livello di profittabilità è dato dal rapporto tra risultato d'esercizio e fatturato ed è pari a 1,8%. L'incidenza del costo del lavoro rispetto al fatturato è pari al 18% per le partecipate e al 26% per le controllate.

42 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 92-93.

43 Corte dei conti, op. ult. cit., 95.

44 Corte dei conti, op. ult. cit., 93. Si registrano punte che superano il 38% nelle Regioni Abruzzo, Molise, Calabria e Sardegna e addirittura oltre il 53% nella Regione Sicilia, mentre la stessa incidenza risulta diffusamente meno elevata nelle Regioni delle aree Nord e Centro.

45 Il MOL (Margine operativo lordo) è un indicatore essenziale per verificare se l'impresa è in grado di generare ricchezza tramite la gestione operativa (differenza tra valore della produzione e costo della produzione) senza tener conto della gestione cd. non caratteristica, che include la componente finanziaria (interessi, svalutazione di partecipazioni, ecc.) e quella straordinaria (plusvalenze, minusvalenze, ecc.), oltre alle imposte.

46 Corte dei conti, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali e sanitari*, cit., 94.

47 F. DE MATTEI, D. PREITE, S. ROCCA, F. STRIANI, *Società in house e performance economico patrimoniale: osservazioni sulla sostenibilità derivanti dall'analisi del trend di alcuni indici di bilancio*, Pavia University Press, vol. 11, n. 1, 2020, 1-23. Il dato peggiorativo sembra essere confermato anche dall'AGCM, Segnalazione S4143 relativa a "proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021", 36, dove si rileva che "soprattutto le società in house" si trovano in "forti difficoltà finanziarie" e che, di fatto, svolgono un ruolo di "ammortizzatori sociali impropri".

48 Il riferimento è al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che è abrogato a decorrere dal 1° luglio 2023 per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito anche il "nuovo Codice dei contratti pubblici").

49 Si rinvia a G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, op. cit.; Per una ricostruzione più recente: F. FRACCHIA e S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto Ue (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, op. cit., 5 e ss.

che impone una motivazione specifica nella scelta dell'affidamento *in house* rispetto alla gara: in relazione ai contratti aventi ad oggetto “servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza”⁽⁵⁰⁾, le stazioni appaltanti devono effettuare preventivamente “la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione” e dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento “delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

Per quanto traspaia in modo chiaro il fine ultimo perseguito dal legislatore, la disposizione presenta alcune criticità di *drafting* che non la rendono immediatamente intellegibile in sede applicativa.

A tal riguardo, la disposizione sembra richiedere la valutazione di congruità economica dell’offerta come momento preliminare e di autonomo valore giuridico, ma a ben vedere tale valutazione non può che essere parte della più generale evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Inoltre, l’utilizzo della congiunzione “*nonché*” ripetuta per due volte sembrerebbe fare riferimento a profili motivazionali aggiuntivi rispetto alla valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ma in realtà i profili richiamati (benefici per la collettività e ottimale impiego delle risorse pubbliche) sono aspetti intrinseci di tale valutazione.

La costruzione tecnicamente imperfetta della norma, con le ambiguità evidenziate, sembra avere un qualche riflesso nella giurisprudenza, dove si registrano alcune sfumature di orientamento.

In particolare, la rappresentazione unitaria e complessiva dell’obbligo di motivazione, ribadita in più occasioni dalla giurisprudenza⁽⁵¹⁾, conosce nella stessa giurisprudenza momenti di frammentazione legati, da un lato, al riferimento esplicito al carattere “preventivo” della valutazione sulla congruità economica dell’offerta del soggetto *in house*⁽⁵²⁾ e, dall’altro, a un’eccessiva enfattizzazione della dimensione duale dell’obbligo di motivazione: l’evidenza delle “ragioni di mancato ricorso al mercato” e l’indicazione dei “benefici per la collettività”⁽⁵³⁾.

In realtà, le obiettive incongruenze lessicali riscontrate dovrebbe favorire una lettura d’insieme basata sul senso complessivo della disposizione piuttosto che su una sua scomposizione letterale atomistica.

In questa prospettiva, il fattore dell’economicità o del costo del servizio non dovrebbe avrebbe un valore “preventivo” né più in generale privilegiato, ma andrebbe diluito nella valutazione complessiva previa ragionevole ponderazione rispetto agli altri fattori qualitativi o finalistici.

Rimane, comunque, da chiarire il tema più concreto dell’importanza del fattore economicità nell’ambito della motivazione più generale.

A tal riguardo, alcune pronunce affermano che tale fattore costituisce uno dei pilastri autonomi della motivazione e dunque deve sussistere cumulativamente agli altri

50 Sul significato dell’espressione: H. BONURA E M. VILLANI, *Ancora sull’eccezionalità del ricorso all’in house*, cit. Sostengono una tesi riduttiva, che porterebbe ad escludere dall’ambito di applicazione della disposizione i servizi pubblici locali. Di diverso avviso lo schema di Linee Guida dell’ANAC avente ad oggetto “Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.”, cit. sulle quali si tornerà più approfonditamente di seguito (v. *infra* par. 7).

51 Tra le altre, più recenti: Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023. Per i riflessi che una siffatta impostazione ha anche sul piano del sindacato giurisdizionale, Consiglio di Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102.

52 Sul punto si sofferma in particolare: Consiglio di Stato, Sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062.

53 Tale scomposizione, che riflette il dato positivo, viene ribadita dalla giurisprudenza prevalente. Tra le altre, Cons. St., Sez. IV, n. 2102/2022, cit.; Cons. St., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682; Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444.

fattori di tipo qualitativo⁽⁵⁴⁾.

Nella stessa pronuncia, si considera anche un approccio alternativo che, accedendo a una lettura che valorizza maggiormente il “*carattere complessivo della valutazione*”, assegna comunque al fattore economicità una rilevanza dirimente. Anche in tal caso, afferma la pronuncia, un eventuale errore avrebbe un effetto “*disgregante*” nei confronti della valutazione complessiva, la quale, proprio perché unitaria e inscindibile, una volta utilmente “*aggregata*” in uno dei suoi “*organi vitali*”, non potrebbe che essere restituita al “*laboratorio*” istruttorio e motivazionale.

In realtà, l'effetto disgregante richiamato in caso di erronea valutazione non dovrebbe essere sempre ineluttabile. Il rimando all'amministrazione, in caso di vizio relativo al fattore dell'economicità, dipenderebbe dall'entità del vizio e dal ruolo che al fattore dell'economicità è stato assegnato in sede di ponderazione complessiva.

Più in generale, questa impostazione non appare coerente con il senso complessivo della disposizione. Il fattore dell'economicità, infatti, appare più un limite minimo di perimetro della valutazione, intrinseco anche alla scelta del modello societario come strumento organizzativo di azione. Fermo restando il suo valore di limite, esigenze qualitative e finalistiche potrebbero giustificare una sua rilevanza più relativa.

In questo senso sembra muovere la giurisprudenza secondo cui “*quello dei costi non solo non costituisce l'unico elemento di cui tener conto ai fini del vaglio di ragionevolezza della scelta di internalizzare il servizio, ma ad esso va assegnato un rilievo tendenzialmente complementare nel senso che può assumere valore discrezionale a parità di condizioni qualitative, di efficacia e di ammissibilità*”⁽⁵⁵⁾.

Anche l'enfasi posta dalla giurisprudenza sulla scomposizione duale della motivazione appare una conseguenza, spesso anche fuorviante, delle contorsioni letterali della disposizione. A tal riguardo, infatti, non pare che alle due componenti della motivazione corrisponda una sostanziale differenza o, comunque, che si tratti di oggetti effettivamente differenziali⁽⁵⁶⁾.

In particolare, un'adeguata evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato porta con sé l'evidenza dei benefici per la collettività. D'altronde ogni potenziale beneficio per la collettività si risolve in una ragione di mancato ricorso al mercato. Risulta difficile ipotizzare un reale contributo aggiuntivo dei benefici della collettività dopo aver dato evidenza delle ragioni di mancato ricorso al mercato. Le due componenti richiamate sono, dunque, le classiche due facce della stessa medaglia⁽⁵⁷⁾.

Peraltro, l'utilizzo ricorrente dell'espressione “*fallimento di mercato*”⁽⁵⁸⁾ per sintetizzare l'onere motivazione legato alle ragioni del mancato ricorso al mercato appare di dubbia pertinenza e, comunque, equivoca. Infatti, quest'ultima espressione si addice più propriamente ad alcune previsioni del passato che richiedevano la previa verifica dell'incapacità del mercato di adempiere agli obiettivi qualitativi e finalistici auspicati⁽⁵⁹⁾. Nel caso di specie invece la scelta dell'*in house* potrebbe dipendere non ne-

54 Cons. St., Sez. III, n. 6062/2021, cit.

55 Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit. La pronuncia sembra peccare di un eccesso dall'altro estremo. Sebbene, infatti, sia condivisibile assegnare un ruolo relativo al fattore dell'economicità, il suo ruolo conserva comunque un'importanza oggettiva nella complessiva valutazione di ragionevolezza da compiere. Al pari degli altri fattori, dunque, lo stesso dovrebbe avere carattere dirimente e non meramente “*discrezionale*” come afferma la pronuncia.

56 A tal riguardo, alcune pronunce, per mitigare la rappresentazione frammentata della motivazione, hanno evidenziato, che la stessa è “*dualistica nell'oggetto, ma unitaria nella forma*”: Cons. St., Sez. III, n. 2021/2021.

57 Con una espressione analoga si esprime: Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

58 L'espressione è piuttosto ricorrente. Tra le altre: Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. III, n. 1564/2020, cit. e Cons. St., Sez. V, n. 296/2019 cit. (è l'ordinanza che, sull'assunto della restrittività della disposizione, ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, v. *infra* par. 4).

59 Il riferimento è, in particolare, all'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che costituisce la prima disposizione restrittiva in materia e sulla quale si ritornerò più approfonditamente di seguito anche per la complessa evoluzione che ne è derivata (v. *infra* par. 5).

cessariamente da un fallimento del mercato in senso stretto, ma da una valutazione comparativamente più conveniente⁽⁶⁰⁾.

Si tratta, comunque, di rilievi in buona parte formali, che non intaccano la correttezza dell'impostazione di fondo emergente in giurisprudenza. L'obbligo di motivazione viene, infatti, generalmente inteso in senso unitario, complessivo, sintetico e olistico, senza una precostituzione metodica rigida e vincolante e lasciando spazio a un margine discrezionale di ponderazione dei fattori quantitativi e qualitativi astrattamente rilevanti.

Questa impostazione si riflette anche sul piano istruttorio e, cioè, nella scelta anch'essa discrezionale in ordine alle modalità più appropriate per suffragare la valutazione di preferenza⁽⁶¹⁾. Emerge, in particolare, la legittimità di un approccio relativo e dinamico, dove la comparazione tra le alternative praticabili può avvenire sulla base di metodi e dati eterogenei anche opportunamente incrociati tra loro.

L'istruttoria, infatti, non necessariamente deve trovare fondamento in elementi di conoscenza mutuati dai soli dati esperienziali disponibili o da indagini empiriche di tipo comparativo, ben potendo basarsi anche su attendibili valutazioni prospettiche o su plausibili ragioni insite alla tipologia di affidamento prescelto⁽⁶²⁾.

Non tragga, comunque, in inganno la formulazione del principio. Nella prassi giurisprudenziale esaminata, si ricava che le pubbliche amministrazioni ricorrono in genere a indagini fattuali specifiche o, comunque, ricavano le loro conclusioni dalla applicazione di *benchmark* attendibili ricavabili da esperienze territoriali contigue o caratterizzate da altre affinità sostanziali. D'altro canto, pur nel quadro di un principio di ragionevolezza complessiva, la giurisprudenza esige evidenze attendibili, siano esse empiriche o prospettiche⁽⁶³⁾.

In alcuni casi, sono stati enfatizzati i tratti intrinseci di vantaggio del modello *in house*, come il vantaggio economico di rinuncia al lucro o quello organizzativo-gestionale della estrema flessibilità dello stesso rispetto all'esigenze dell'amministrazione. Sotto altro profilo, sono state favorevolmente assecondate motivazioni volte a rimarcare precedenti esperienze negative di esternalizzazione, caratterizzate dalla rigidità dell'affidatario e dalla conflittualità⁽⁶⁴⁾. Anche in questi casi, peraltro, i fattori evidenziati sono stati inseriti sempre in una valutazione più generale e, comunque, verificata alla luce della situazione concreta tenendo conto di tutti i fattori rilevanti⁽⁶⁵⁾.

In definitiva, al di là dei limiti di costruzione della disposizione, si può ritenere che nella sostanza la stessa faccia riferimento a un generale dovere di razionalità e obiettività della scelta, da comprovare in modo attendibile in relazione al singolo caso concreto.

In tal senso, fermo restando un limite generale di minima economicità della scelta, la stazione appaltante è chiamata a comparare l'offerta della società *in house* con quelle alternative, effettivamente o potenzialmente disponibili sul mercato, sulla base di ele-

60 Il punto viene colto dalla sentenza Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, già esaminata, laddove viene peraltro correttamente sottolineato che una lettura della disposizione in termini di verifica del fallimento di mercato la avvicinerrebbe al richiamato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008.

61 I corollari istruttori della richiamata impostazione sono evidenziati in questi termini da: Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

62 Tra le altre, in particolare: Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.

63 Cons. St., Sez. III, n. 2102/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit.

64 Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 1596/2021; Cons. St., Sez. V, n. 6460/2020; Cons. St., Sez. V, n. 5444/2019, cit.

65 Molti di questi aspetti richiederebbero invero analisi più approfondite, anche se verosimilmente impraticabili perlomeno in sede di motivazione dell'affidamento. A titolo di esempio, le precedenti esperienze negative di esternalizzazione o l'assenza di flessibilità dell'affidatario scelto tramite gara potrebbero dipendere da uno scorretto esercizio da parte dell'amministrazione affidante dei poteri di regolazione e di conformazione delle procedure o di un mancato esercizio dei controlli a valle.

menti che, in base alla specifica prestazione e agli interessi pubblici che si intendono perseguire, possono comportare la ponderazione di fattori economici e prestazionali, qualitativi o finalistici.

Questa conclusione dovrebbe condurre a precisare meglio un altro approdo sistematico, spesso ripetuto in modo stereotipato, secondo cui l'onere di motivazione in esame costituisce un aggravamento che nella sostanza si traduce nell'eccezionalità dell'affidamento *in house* rispetto all'esternalizzazione⁶⁶.

Infatti, per quanto l'attenzione specifica per l'affidamento *in house* confermi una prospettiva di sfavore da parte del legislatore nei confronti dell'istituto, le considerazioni esposte dovrebbero attenuare il tratto di specialità con il quale l'art. 192, comma 2, del Codice viene in genere descritto. A ben vedere, infatti, l'onere motivazionale previsto non si allontana molto da quello che, in base ai principi generali, dovrebbe fisiologicamente sorreggere un atto di affidamento tra diverse opzioni disponibili⁶⁷.

Più che un onere di motivazione di maggiore gravosità o rafforzato, la disposizione ha preso atto di una sistematica disfunzione applicativa (la sommarietà dell'azione amministrativa nel preferire l'*in house*) e ha puntualizzato i parametri motivazionali da soddisfare. L'asimmetria di trattamento che si registra sul piano normativo non è altro che il riflesso dell'asimmetria applicativa che era stata riscontrata nell'esperienza.

In definitiva, più che imporre un onere più gravoso, la disposizione ha inteso, dunque, dare effettività all'obbligo di motivazione. Norme di questo tipo si pongono, dunque, a metà strada tra l'esigenza di un'innovazione rigoristica sostanziale del quadro normativo e quella di dover assicurare l'effettività di obblighi già esistenti, ma elusi da prassi poco virtuose. In sostanza, sono la spia di un cattivo funzionamento in sede applicativa delle pubbliche amministrazioni agenti.

4. La tenuta del quadro legislativo vigente: profili di diritto eurounitario.

L'impostazione che vede nel quadro normativo vigente un contenimento speciale nei confronti dell'affidamento *in house* ha raggiunto un punto estremo con le ordinanze di analogo contenuto del Consiglio di Stato, Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138 e del 14 gennaio 2019, n. 293 e 296, che, nel rimettere alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia Ue, hanno espresso – per la prima volta in modo così netto – perplessità sulla legittimità eurounitaria della normativa nazionale e, in particolare, del richiamato art. 192⁶⁸.

Le richiamate ordinanze criticano in radice l'evoluzione restrittiva della normativa nazionale, come peraltro assecondata anche dalla Corte costituzionale.

In particolare, quest'ultima negli anni scorsi ha riconosciuto alla legge di poter prevedere “*limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie*”, per restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, per le

66 L'affermazione è ricorrente e generalizzata, ma per alcuni riferimenti più recenti: Cons. St., Sez. III, n. 3682/2021, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021; Cons. St., Sez. IV, n. 7023/2021; Cons. St., Sez. V, n. 6460/2020, cit.

67 La più attenta dottrina, già da tempo risalente, nel registrare l'equidistanza dell'ordinamento europeo rispetto alle forme di affidamento dei contratti pubblici, aveva evidenziato che tale equidistanza non vuol dire libertà assoluta e insindacabile di scelta. La preferenza per una forma di affidamento rispetto alle altre deve pur sempre essere sorretta da ragioni relative ai costi o alla qualità delle prestazioni o a entrambe: M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, cit., 8.

68 Hanno manifestato stupore per l'ordinanza di rimessione, in forte discontinuità rispetto al passato: H. BONURA E M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house*, cit. V. anche L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 1/2019, 276.

quali il diritto dell'Unione europea avrebbe solo previsto un minimo inderogabile⁽⁶⁹⁾.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ribadito inoltre con ulteriori pronunce che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce “*un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica*”⁽⁷⁰⁾.

Le richiamate ordinanze hanno dubitato che questo orientamento restrittivo ultradecennale dell'ordinamento italiano in tema di affidamenti *in house*, che ha trovato appoggio nel richiamato art. 192 del Codice dei contratti pubblici, risulti conforme ai principi e alle disposizioni del diritto dell'Unione europea.

In particolare, secondo le ordinanze la questione va risolta mettendo a confronto due principi. Da un lato, il principio della libertà e autodeterminazione, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse. Dall'altro, il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni⁽⁷¹⁾.

Dalla motivazione delle ordinanze si ricava che i due principi richiamati non sarebbero destinanti a contrapporsi, perché operano in modo diacronico. Il secondo principio opera solo una volta che l'amministrazione si sia determinata in base al primo.

In particolare, il principio della massima apertura alla concorrenza ha una valenza sussidiaria rispetto al primo, relativo alla libertà nella scelta del modello gestionale. Infatti, la prima scelta che verrebbe demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli collocabili dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si optasse per il secondo di tali modelli, incomberebbe sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato.

Le ordinanze trovano conforto anche in alcune disposizioni di diritto positivo e, in particolare, nel Considerando n. 5) della Direttiva 2014/24/UE⁽⁷²⁾ e nell'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE⁽⁷³⁾, come peraltro enfatizzate in passato dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia UE⁽⁷⁴⁾.

Come corollario del ragionamento, le ordinanze concludono che l'affidamento *in*

69 Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325, secondo cui la materia rientra nella tutela della “concorrenza”, rispetto alla quale l'ordinamento euorunitario fissa una disciplina minima obbligatoria per gli Stati membri. Questo non significa che è preclusa agli Stati la potestà normativa in materia, ma che gli stessi possono adottare misure che vanno nello stesso “verso” proconcorrenziale della normativa europea irrigidendola ulteriormente in funzione di una maggior tutela della concorrenza.

70 Corte costituzionale, 20 marzo 2013, n. 46.

71 Punto 3.1.3

72 Secondo cui “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

73 La disposizione prevede che “La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

74 La Commissione europea, nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati - PPPi (documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008), ha chiarito che “nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia”. Anche la Corte di giustizia si è espressa negli stessi termini. Tra le altre, Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 9 maggio 2009, nella causa C-480/06, *Commissione Ce contro Governo della Germania federale*, secondo cui “un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”. Di analogo tenore, Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. III, 13 novembre 2008 in causa C-324/07, *Coditel Brabant*.

house sarebbe un “*prius logico*” rispetto all’esternalizzazione, dubitando dunque della legittimità della normativa nazionale che al contrario assegna al primo un ruolo di eccezione residuale, subordinato e subvalente.

La Corte di giustizia si è espressa con l’ordinanza del 6 febbraio 2020⁽⁷⁵⁾ che, in realtà, richiama quasi integralmente nella sua parte argomentativa la precedente sua sentenza del 3 ottobre 2019⁽⁷⁶⁾ relativa alla legge sugli appalti pubblici della Lituania⁽⁷⁷⁾.

A partire dalla valorizzazione delle medesime disposizioni di diritto positivo, la Corte giunge a conclusioni diverse da quelle prospettate dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale.

In particolare, la Corte di giustizia afferma che la disciplina eurounitaria sugli appalti pubblici si limita a stabilire le condizioni (i presupposti dell’*in house*) in presenza delle quali un affidamento non ricade nell’ambito di applicazione di tale disciplina⁽⁷⁸⁾. In altre parole, le Direttive europee in materia si limitano a stabilire che un affidamento a una società *in house* non è un appalto pubblico.

Sotto una prospettiva a monte, la disciplina eurounitaria sugli appalti pubblici non disciplina la fase preliminare di scelta delle modalità di prestazione di un servizio, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture⁽⁷⁹⁾.

A tal riguardo, benché la conclusione possa ricavarsi in negativo dallo stesso ambito applicazione della disciplina eurounitaria sugli appalti (in particolare dal richiamato Considerando 5), la Corte di giustizia individua una conferma in positivo anche nell’altra disposizione richiamata (l’art. 2 della Direttiva 2014/23/UE), che enfatizza espressamente la protezione a monte della libertà di scelta tra le diverse opzioni.

L’orientamento della Corte di giustizia è condivisibile nel cogliere l’errore di impostazione del giudice amministrativo italiano, laddove quest’ultimo ha ritenuto di poter ricavare limiti in positivo dall’ordinamento eurounitario rispetto alle scelte di autodeterminazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

È corretto invece ritenere che l’ordinamento europeo si occupa dell’affidamento a società *in house* in negativo e, cioè, meramente per precisare che lo stesso non costituisce un “appalto pubblico”. Non può trovare, dunque, applicazione la disciplina eurounitaria dedicata a quest’ultimo istituto.

Appare opportuno a tal riguardo ricostruire però il quadro giuridico di riferimento in modo più puntuale, perché la pronuncia della Corte di giustizia, sebbene condivisibile nelle sue conclusioni, reca una motivazione molto scarna.

75 Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite da C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A. contro Comune di Lanciano e altri*. Tra gli altri commenti, C. DEODATO, *Gli ambiti dell’intervento pubblico nell’organizzazione e nella gestione dei servizi d’interesse economico generale*, in *Giustamm.*, 2020; C. CONTESSA, *La Corte di giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti “in house”*, in *Urb. e app.*, n. 3/2020, p. 353 ss. A. Meale, *L’affidamento a società in house come eccezione all’esame della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, n. 5/2020, 1178 ss.

76 Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. IV, 3 ottobre 2019, nella causa C-285/18 – *Irgita*.

77 Secondo la legge lituana sugli appalti, l’affidamento *in house* può essere disposto “solo in caso eccezionali” quando, oltre al soddisfacimento dei requisiti eurounitari costitutivi dell’istituto, “la continuità, la buona qualità e la disponibilità dei servizi non possano essere garantite acquistando tali servizi per mezzo di procedure di appalto pubblico” (v. punto 9 della sentenza). La disposizione sembra riflettere un’impostazione analoga a quella dell’art. 192, comma 2, del Codice, ma è ancor più rigorosa, atteso che non si limita a richiedere una comparazione tra affidamento *in house* ed esternalizzazione al mercato, ma consente di ricorrere al primo solo quando il secondo sia in grado di assicurare il servizio o la sua continuità e buona qualità. In sostanza, la disposizione richiede la forma più estrema di fallimento del mercato in termini analoghi a quanto faceva l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 nella previgente disciplina in materia di servizi pubblici locali, travolto poi dall’esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 (v. *infra* par. 5). Il richiamato art. 23-bis disponeva che, in deroga all’affidamento tramite gara o a società miste, in ragione di “situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house*”.

78 Punto 32 della sentenza che riprende il punto 43 della sentenza *Irgita*.

79 Punto 33 della sentenza che riprende il punto 44 della sentenza *Irgita*.

In particolare, il ragionamento deve prendere le mosse dalla *ratio* essenziale delle Direttive sugli appalti pubblici. Queste ultime nascono dall'esigenza di dover assicurare un quadro giuridico più puntuale rispetto ai principi basilari del TFUE sulla libera circolazione delle merci, sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi e dei corollari che ne derivano in termini di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento proporzionalità e trasparenza.

Tale quadro, in particolare, è finalizzato a “*coordinare*” le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che ai sopra richiamati principi del Trattato venga dato “*effetto pratico*” e che in sostanza gli appalti pubblici siano “*aperti alla concorrenza*”⁽⁸⁰⁾.

Le Direttive riguardano dunque la disciplina dell'aggiudicazione, ma non la fase a monte della scelta di esternalizzare o meno, e hanno ad oggetto una determinata fattispecie giuridica che è l'appalto pubblico. Ne consegue, in particolare, che il principio secondo cui “*nessuna disposizione della Direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che intendano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici*”⁽⁸¹⁾, sebbene centrale nel ragionamento, non è un principio costitutivo autonomo, ma corollario delle *ratio* di fondo delle Direttive in materia.

La questione che si pone – che è quella che determina il concepimento dell'istituto dell'*in house* – è stabilire con certezza quand'è che un accordo tra pubbliche amministrazioni o, comunque, tra soggetti afferenti alla sfera pubblica possa essere qualificato o meno come “appalto pubblico” ai fini dell'assoggettamento della relativa disciplina.

Si pone, in particolare, l'esigenza di stabilire quando un accordo tra enti del settore pubblico sia un fatto organizzativo interno alla sfera pubblica e, dunque, ricadente nella libera autodeterminazione dell'ente pubblico (l'affidamento *in house*) e quando lo stesso sia invece qualificabile come un appalto pubblico potenzialmente tale da avvantaggiare un'impresa pubblica rispetto ad altri operatori privati di mercato, facendo così scattare l'obbligo di applicazione delle Direttive europee.

A tal riguardo sono le stesse Direttive a stabilire i paletti esterni del ragionamento. Da un lato, la soggettività pubblica delle parti non è una circostanza tale da escludere di per sé l'applicazione della normativa sugli appalti pubblici. Dall'altro, quest'ultima non può spingersi al di là del suo ambito di applicazione intrinseco e andare a incidere su fattispecie che non sono appalti, come la libertà delle pubbliche amministrazioni di produrre da sé il necessario per soddisfare il proprio fabbisogno o di realizzare forme di cooperazione tra pubbliche amministrazioni⁽⁸²⁾.

L'istituto dell'*in house* è il punto di incontro di questi due limiti esterni e definisce ciò che non è includibile nell'ambito di applicazione delle Direttive europee sugli appalti pubblici proprio perché l'atto giuridico che lo realizza non è qualificabile come appalto pubblico, ma come atto organizzativo a monte di svolgimento di un'attività pubblica di tipo ausiliario e strumentale (a favore della stessa amministrazione) o finale (a favore dei cittadini per conto dell'amministrazione).

In definitiva, l'ordinamento europeo non impinge in positivo nelle scelte di autodeterminazione a monte delle pubbliche amministrazioni. Salvo, infatti, che non vengano in rilievo limiti generali ricavabili dal Trattato, che su questo aspetto appaiono invero piuttosto indifferenti, le scelte di autodeterminazione delle pubbliche amministrazioni sono rimesse alla disciplina nazionale.

Questa conclusione, a ben vedere, andrebbe approfondita ulteriormente perché se ne potrebbero ricavare risvolti ordinamentali importanti. Generalmente, infatti, la

80 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 1).

81 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 5).

82 Direttiva 24/2014/Ue, considerando 32).

disciplina sull'*in house* è inquadrata nell'ambito della materia della "tutela della concorrenza"⁽⁸³⁾. Una volta, però, che sia definita la linea di demarcazione tra ciò che è *in house* e ciò che non lo è, è dubbio che ogni ulteriore scelta ordinamentale restrittiva afferente alla sfera autorganizzativa delle pubbliche amministrazioni sia un tema di concorrenza.

Potrebbe apparire tale perché ogni scelta restrittiva in questo ambito avrebbe come effetto l'espansione del mercato. Si potrebbe però trattare di una conseguenza fattuale dipendente da una scelta di efficienza organizzativa interna alla pubblica amministrazione.

Peraltro, viene in genere trascurata la nozione di "concorrenza", come emergente dal diritto positivo e, dunque, nell'accezione assunta dal legislatore.

A tal riguardo, l'ultimo periodo del Considerando n. 31) della Direttiva 2014/24/ Ue, sebbene sembri riferirsi alle forme di cooperazione intersoggettive tra pubbliche amministrazioni, contiene un indirizzo che assume valore generale rispetto al rapporto tra Stato e mercato.

In particolare, secondo il richiamato Considerando n. 31), occorre fare in modo che qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata dalla normativa sugli appalti "*non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*".

Può ricavarsi, dunque, una nozione molto elementare e ristretta di concorrenza come obbligo di parità di trattamento tra operatori economici siano essi pubblici o privati e divieto di discriminazione⁽⁸⁴⁾.

Questa prospettiva porterebbe ad interrogarsi sull'attuale stato dell'arte organizzativo di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni. Infatti, l'inclusione della questione nella materia della "tutela della concorrenza" ha fino ad oggi comportato la primazia legislativa dello Stato, mentre le considerazioni sopra esposte potrebbero condurre a conclusioni diverse, determinando lo scivolamento della questione in altre materie con un ruolo preminente da parte delle Regioni, soprattutto quelle a Statuto speciale⁽⁸⁵⁾.

83 Tra le più recenti si può richiamare proprio la sentenza Corte cost. n. 100/2020. Il rilievo concorrenziale conferito alla materia emerge anche dalle costanti attenzioni dell'AGCM rispetto al tema: v. *infra* par. 7 sia il contributo dell'AGCM rispetto all'attività di regolazione dell'ANAC sia l'esercizio dei poteri di *advocacy* nei confronti del legislatore.

84 In questo senso v. già le riflessioni di: M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*", Varenna 17-19 settembre 2015.

85 In diverse occasioni la Corte costituzionale si è dovuta occupare di legislazioni regionali che finivano per impingere nella disciplina degli affidamenti *in house*. L'inclusione della disciplina nella materia della "*tutela della concorrenza*", ne ha determinato la sua prevalenza in modo pervasivo rispetto a materie residuali di competenza delle Regioni. La Corte non ha escluso e anzi ha riconosciuto espressamente che in taluni casi la normativa nazionale in materia di concorrenza andava ad impattare su materie di competenza residuale delle Regioni (tra le altre, Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307, in materia di "*servizi pubblici locali*" nella Regione Lombardia). In questi casi, la tutela della concorrenza fissata dal legislatore nazionale opera come limite, non escludendo dunque la possibilità per le Regioni di introdurre previsioni di maggior tutela. Se venisse meno la copertura della tutela della concorrenza, salvo che non venga in rilievo altra materia di medesima capacità trasversale, la disciplina verrebbe attratta nella materia residuale di competenza delle Regioni. A tal riguardo, nella sentenza della Corte costituzionale, 20 maggio 2008, n. 159, alcune disposizioni limitative puntuali sono state incluse in materie di competenza regionale (come l'"*organizzazione e funzionamento della Regione*" o l'"*ordinamento degli enti locali*" nelle Regioni a Statuto speciale) e la competenza statale è stata riconosciuta in virtù del titolo trasversale prevalente relativo al "*coordinamento della finanza pubblica*" di competenza concorrente (art. 117, comma 3, Cost.). Anche laddove dovesse venire in rilievo una siffatta materia, in ogni caso, lo Stato avrebbe la potestà solo di fissare i principi fondamentali generali e non la disciplina di dettaglio, rimessa invece alla Regioni. Tra le altre sentenze sul rapporto tra disciplina sulle società a partecipazione pubblica e materie legislative costituzionali, Corte. cost., 23 luglio 2013, n. 229, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni contenute nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (cd. decreto "spending review" del Governo Monti), limitanti la possibilità per le Regioni di avvalersi di società *in house*.

5. La questione costituzionale

La tenuta del quadro legislativo vigente è stata messa in discussione anche da questioni formali di compatibilità con la disciplina costituzionale relativa alla corretta formazione delle leggi.

A questo riguardo, con la sentenza del 5 maggio 2020, n. 100⁽⁸⁶⁾, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto al divieto del cd. "gold plating", stabilito dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11⁽⁸⁷⁾.

A tal riguardo, la Corte ha circoscritto il divieto di *gold plating* evidenziando che la sua *ratio* è di impedire l'introduzione in sede di recepimento di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dall'ordinamento europeo, ma non anche di impedire la realizzazione di direttrici legislative autonome ed ulteriori, come nel caso di specie sarebbe quella proconcorrenziale promossa dall'art. 192, comma 2, del Codice⁽⁸⁸⁾.

L'intervento della Corte è molto utile nelle premesse laddove chiarisce l'esatta portata del divieto di *gold plating*, come vincolo strumentale riguardante i mezzi (oneri amministrativi e tecnici) di realizzazione dei fini legislativi, ma non anche come limite finalistico, sostanziale e valoriale.

Nel merito la sentenza evidenzia la portata proconcorrenziale dell'art. 192, comma 2, del Codice. Si tratta di un'affermazione coerente con altri precedenti della stessa Corte⁽⁸⁹⁾ e che, però, per le ragioni già indicate, appare meritevole di un maggiore approfondimento da svolgere anche più in generale sull'esatto perimetro della materia "tutela della concorrenza" in rapporto all'iniziativa economica pubblica e sull'approccio della Corte su questi temi, troppo sbilanciato ad assecondare le scelte restrittive del legislatore⁽⁹⁰⁾.

La sentenza della Corte affronta inoltre la questione della legittimità dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto all'art. 1, comma 1, lett. *eee*) della legge delega, secondo cui è necessario garantire "adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando anche nelle forme di

86 Sulla sentenza, G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 2021; M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte conti*, n. 3/2020, 82 ss.; S. Valaguzza, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, *op.cit.*, 267 ss.

87 La disposizione prevede il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Secondo l'art. 14, comma 24-ter, della legge n. 246/2005 costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie "a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive". Il termine *gold plating* non è un principio di diritto eurounitario in senso stretto, il quale vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati. Tuttavia, compare nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010, che reca delle riflessioni e delle proposte per il raggiungimento dell'obiettivo di una legiferazione "intelligente", comunitaria e degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese. Sul tema, tra i più recenti, G. Rivellini, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 3/2021, 815 e ss.

88 punto 5 della sentenza.

89 Tra le altre, in particolare, Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325; 20 marzo 2013, n. 46.

90 Per una critica all'orientamento della Corte costituzionale in materia: A. ARGENTATI, *L'iniziativa economica pubblica e il mercato nella giurisprudenza. Brevi note critiche*, in V. CERULLI IRELLI e M. LIBERTINI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, 2019, 17 e ss.

aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione”.

In particolare, ha ritenuto il richiamato art. 192, comma 2, del Codice conforme al criterio direttivo in esame enfatizzando la “specifica attenzione” ivi rivolta all'affidamento *in house*. Inoltre, ha fatto perno sui “margin di discrezionalità” di cui gode il legislatore in sede delegata e sulla necessità di “tener conto” del quadro normativo di riferimento quando la delega riguarda, come nel caso di specie, interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi⁽⁹¹⁾.

In particolare, con riferimento alla coerenza rispetto al quadro normativo di riferimento, la sentenza colloca la norma delegata nella linea restrittiva ultradecennale che contraddistingue l'ordinamento nazionale⁽⁹²⁾, sottolineando peraltro che la stessa ha una portata prescrittiva analoga a quella di altre norme vigenti e in particolare dell'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 in materia di servizi pubblici locali e in linea con altre disposizioni generali dell'ordinamento⁽⁹³⁾.

Sebbene appaia corretta l'impostazione della Corte di assegnare un valore più contenuto alla portata prescrittiva dell'art. 192, comma 2, del Codice rispetto alla visione più marcatamente restrittiva che dello stesso viene rappresentata generalmente, le conclusioni cui perviene non sembrano del tutto condivisibili e risentono di un approccio eccessivamente permissivo.

Nel caso di specie, in particolare, a ben vedere il criterio direttivo conteneva in sé uno specifico indirizzo legislativo che in qualche modo riduceva l'ambito di discrezionalità del legislatore delegato. Tale criterio, infatti, da un lato, introduceva limiti formali di salvaguardia della trasparenza della decisione di affidamento e, dall'altro, con riferimento ai contenuti sostanziali, prevedeva un vincolo puntuale valevole anche in

91 Punti 7 e 8 della sentenza.

92 Punto 9 della sentenza. In effetti, a partire dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in materia di servizi pubblici locali, che consentiva l'affidamento *in house* solo in casi assolutamente eccezionali di indisponibilità del servizio sul mercato (cd. fallimento di mercato), l'ordinamento si è attestato in continuità con tale approccio restrittivo. A un certo punto si è assistito a una sorta di “ostinazione” in tal senso, visto che, dopo l'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011, che aveva cancellato il richiamato art. 23-bis facendo ritornare l'affidamento *in house* ad essere opzione equivalente all'affidamento tramite gara, il legislatore ne ha riproposto i contenuti con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Quest'ultima disposizione è stata poi dichiarata incostituzionale (Corte costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199). Su quest'ultima sentenza: V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, n. 4/2012; R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, n. 4/2012, pp. pag. 2892B e ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'ordinamento si rinvia a G. URBANO, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, in *ApertaContrada*, 2012, dove si dà evidenza che la riproposizione della disciplina restrittiva dell'art. 23-bis con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nonostante la bocciatura del primo in sede referendaria, non fu un “capriccio” del legislatore, ma il frutto della pressione europea causata dall'avvitarsi della crisi economica italiana e della finanza pubblica, che chiedeva espressamente al Governo un impegno preciso sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali (v. la lettera Draghi-Trichet inviata all'epoca al Governo italiano, che dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici, al punto 1 lett. a) svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: “A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations”. Per una dettagliata analisi dell'evoluzione normativa, più di recente: S. GATTO, *I servizi pubblici locali nel prisma della concorrenza, della regolazione e della gestione*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 6/2021; in giurisprudenza: Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, sulla quale si ritornerà in modo specifico di seguito.

93 L'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 stabilisce che “Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”. Oltre alla richiamata disposizione, la Corte costituzionale cita anche l'art. 5 del Testo Unico, recante la rubrica “oneri di motivazione analitica”, secondo cui “l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica [...] deve essere analiticamente motivato [...], evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.

positivo per il legislatore, ossia quello della “*congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione*”. In altre parole, la legge delega recava un criterio direttivo specifico che appare molto più deferente nei confronti della scelta amministrativa di ricorrere all’*in house*, assicurandosi solo come limite estremo che tale scelta non sia economicamente incongrua rispetto a quanto potrebbe normalmente offrire il mercato.

L'impostazione della Corte dequota notevolmente il criterio direttivo trasformando l'elemento sostanziale centrale dello stesso in un mero abbrivio per la costruzione di limiti restrittivi potenzialmente indefiniti e di estrema chiusura e pregiudizio nei confronti dell'affidamento *in house*. Peraltro, non appare convincente la trama argomentativa della sentenza nella misura in cui assimila l'art. 192, comma 2, del Codice, al già richiamato art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012.

Nella prima prevalgono limiti sostanziali che mirano ad imbrigliare la motivazione in uno schema puntuale e certo. Nella seconda prevale l'elemento procedurale della trasparenza e della pubblicità, ossia non tanto dei contenuti sostanziali della motivazione, ma del doverne dare conto alla collettività.

Dal punto di vista contenutistico la relazione prevista dal richiamato art. 34, comma 20, chiede solo di “*dar conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*”.

Si può ricavare dunque che, mentre l'obbligo di motivazione di cui all'art. 192 mira a far emergere nella forma più analitica, attraverso la precostituzione dei paletti decisionali, l'essenza della scelta amministrativa effettuata, l'art. 34, comma 20, chiede evidenza del mero rispetto della legge (requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'*in house*) e di alcuni profili che hanno quasi valore fattuale (indicazione precisa degli obblighi di servizio pubblico e universale e relative compensazioni economiche).

Da un lato, dunque, c'è una differenza di intensità nel controllo della decisione amministrativa. A tal riguardo l'art. 34, comma 20, chiede di dare evidenza di alcuni elementi fatturali, ma non chiede alcuna interconnessione motivazionale specifica tra gli stessi. Certo, si tratta di un aspetto non neutrale, perché l'obbligo di dar conto di un elemento istruttorio determina come corollario l'onere di tenerne conto in sede di motivazione, ma è un modello diverso e meno intrusivo rispetto all'art. 192.

Dall'altro lato, le disposizioni operano su due dimensioni sostanziali diverse. L'art. 192, comma 2, mira a controllare esclusivamente la scelta tra opzioni di affidamento diverse (la decisione amministrativa di affidamento), l'art. 34, comma 20, fa specifico riferimento ai caratteri costitutivi del modello *in house*. D'altronde, quest'ultima disposizione non poteva che atteggiarsi in questi termini piuttosto blandi, essendo stata prevista per cercare di garantire un presidio minimale di efficienza, sebbene indiretto perché legato prevalentemente a obblighi di trasparenza più che di contenuto sostanziale, a seguito dell'effetto dirompente del referendum del 12 e 13 giugno del 2011, che aveva di fatto portato alla cancellazione di ogni rigorismo sostanziale previgente⁽⁹⁴⁾.

E proprio gli esiti del richiamato referendum del 12 e 13 giugno del 2011 hanno

94 Per cogliere la conclusione è utile ribadire il contesto evolutivo della materia, già accennato in precedenza e sul quale, tra le più recenti, Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit. (sulla sentenza si ritornerà di seguito). Si rinvia anche a G. URBANO, *La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita*, op. cit. In sintesi, l'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha condotto all'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, che consentiva l'affidamento *in house* solo in casi estremi di fallimento del mercato (sostanziale impossibilità del mercato di farsi carico del servizio). Dopo tale evento, come si è visto, su impulso delle istituzioni finanziarie europee intervenute in un contesto di grave crisi della finanza dello Stato, il legislatore, nell'ambito di un pacchetto più generale di misure, è dovuto intervenire nuovamente con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, reintroducendo di fatto le disposizioni dell'art. 23-bis, se non ancora più severe. Quest'ultimo articolo è stato poi dichiarato incostituzionale, proprio per violazione dell'esito referendario, da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199. A quel punto, qualsiasi intervento legislativo rigorista avrebbe corso gli stessi rischi di incostituzionalità. Da ciò il carattere piuttosto debole dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179/2012 che non poteva avere in tale contesto una intensità prescrittiva maggiore.

costituito il motivo di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del Codice per violazione dell'art. 75 Cost., che è stata però risolta in senso negativo direttamente dal Consiglio di Stato⁽⁹⁵⁾.

In particolare, quest'ultimo, prescindendo da questioni relative al diverso ambito di applicazione delle due discipline⁽⁹⁶⁾ e da questioni temporali e di differente contesto politico⁽⁹⁷⁾, rileva che l'art. 192, comma 2, del Codice ha una portata prescrittiva differente e decisamente meno intrusiva rispetto al previgente art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 poi ripreso dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012⁽⁹⁸⁾.

E, in effetti, queste ultime disposizioni rendevano oltre modo eccezionale l'affidamento diretto, limitandolo nella sostanza ai casi di "fallimento del mercato". Diversamente, l'onere motivazionale richiesto dall'art. 192, comma 2, sebbene muova da un pregiudizio nei confronti dell'opzione *in house*, non presenta un analogo carattere stringente limitandosi a richiedere una comparazione complessiva tra soluzioni alternative e non l'inesistenza di una soluzione alternativa.

La sentenza appare ben motivata ed è conforme all'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ritiene violato l'art. 75 Cost. solo nel momento in cui si introduce una nuova disciplina della materia "senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti"⁽⁹⁹⁾.

6. L'affidamento *in house* di diritto speciale

In parallelo alla disciplina generale dell'istituto, se ne registra una di carattere speciale, molto dilatata negli ultimi anni, che opera deroghe di vario tipo e intensità alla disciplina generale e in ambiti materiali eterogenei.

Si potrebbe parlare a tal riguardo di società *in house* di diritto speciale. In realtà, la specialità non riguarda la disciplina dell'organizzazione della società o la sua attività, che continuano ad essere disciplinate dal Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, ma della disciplina dell'atto di affidamento. Più corretto appare, dunque, parlare di affidamento *in house* di diritto speciale.

Un primo modello riscontrabile nella legislazione è la previsione che dispone a favore di una determinata amministrazione l'"avvalimento" delle sue società *in house*.

95 Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021, cit., punto 7 della sentenza.

96 È la stessa sentenza a porre incidentalmente la questione, sulla quale però non si sofferma rimanendo il ragionamento assorbito da altre questioni dirimenti di merito. In effetti, storicamente la disciplina dell'*in house* in materia di servizi pubblici locali ha avuto un regime differenziato rispetto a quella dello stesso istituto negli appalti e nei servizi strumentali, sul punto si rinvia a G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, op. cit. L'art. 192, comma 2, del Codice si è poi imposto troppo passivamente come regime indifferenziato di disciplina. Solo di recente, in dottrina si è posta la questione, giungendo alla conclusione che – sia per ragioni "letterali" legate alla circostanza che la richiamata disposizione si riferisce ad affidamenti relativi a "servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza" sia a ragioni "storiche" legate al fatto che la disciplina del Codice (e con essa, l'art. 192), nascono in parallelo a un altro flusso normativo riguardante specificamente i servizi pubblici locali (solo per una contingenza non giunto a buon fine, sul punto v. Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251 che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge delega n. 124/2015, cd. legge Madia, peraltro molto criticata: su tutti, B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2017). Il tema è oggi superato dall'entrata in vigore del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali con una disciplina specifica sull'affidamento *in house* (v. *infra* par. 7).

97 Il tema dell'esaurimento del potere legislativo in rapporto a fattori temporali o evoluzioni di contesto non è stato mai trattato in modo approfondito. La sentenza già richiamata Cons. St., Sez. IV, n. 5351/2021 sembra assumere una perdurante attualità della preclusione legislativa derivante dal referendum del 12 e 13 giugno del 2011. In generale sul tema, anche con qualche accenno critico all'eccessiva cristallizzazione degli esiti referendari, R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, op. cit., pag. 2892B e ss.

98 Punto 7.3 della sentenza.

99 Sul punto costituisce ancora punto di riferimento: Corte cost., 17 maggio 1978, n. 68. Sul tema, anche: Corte cost., 4 febbraio 1993, nn. 32 e 33, secondo cui il legislatore ordinario, "pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata".

Nella casistica più recente, in particolare, l'avvalimento della società *in house* è previsto per la gestione di fondi pubblici da erogare a favore di categorie soggettive di cittadini o di imprese o per lo svolgimento di altre attività ausiliarie eterogenee⁽¹⁰⁰⁾.

Norme di questa tipologia derogano implicitamente alla regola generale della motivazione qualificata di cui all'art. 192, comma 2, del Codice.

Un altro modello, anch'esso rinvenibile in una serie di ambiti, molto simili a quelli già sopra indicati⁽¹⁰¹⁾, ma più ricorrente, è quello della mera "autorizzazione" all'utilizzo della società *in house*. Al di là della formula lessicale meno drastica, si tratta di un medesimo schema di affidamento legislativo diretto, in deroga implicita all'obbligo di motivazione previsto in generale dal richiamato art. 192.

Le norme speciali di questa tipologia sono costruite come norme "autorizzatorie". Le stesse conferirebbero, dunque, una facoltà e non un vincolo di affidamento. Tuttavia, sono generalmente assecondate nella prassi anche perché le stesse norme, a dispetto della loro apparente generalità e astrattezza, sono spesso concepite in funzione di situazioni concrete e per consentire l'affidamento a una determinata società *in house*⁽¹⁰²⁾.

In altre situazioni, la natura provvedimento della norma è più spiccata riferendosi alla protrazione di specifici rapporti organizzativi con soggetti determinati. Si tratta di situazioni nelle quali la norma cristallizza rapporti continuativi, risalenti e di varia origine⁽¹⁰³⁾ o comunque internalizza servizi prima affidati al mercato anche per fronte ad esigenze sociali di stabilizzazione o, si potrebbe dire, di protezione parapubblicistica del personale⁽¹⁰⁴⁾.

In alcuni di questi casi la norma speciale prevede espressamente la deroga all'art. 192, comma 2, del Codice o, comunque, utilizza formule più direttamente dispositive dell'affidamento che portano a ritenere in ogni caso derogato in modo implicito il richiamato art. 192⁽¹⁰⁵⁾.

100 Tra le altre più recenti, l'art. 8, comma 5, del d.l. 23 settembre 2022, n. 144, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi delle proprie società *in house* per la gestione di un fondo finanziario creato per il sostegno ad enti del terzo settore in ragione dei maggiori costi dell'energia termica e del gas. L'art. 4, comma 6, del d.lgs. 9 giugno 2020, n. 47 in materia di riduzione di emissioni dispone che il Ministero dell'ambiente si avvalga di proprie società *in house* per lo svolgimento di alcune attività istruttorie a favore dell'autorità nazionale competente (il Comitato ETS). L'art. 39, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162 dispone che il MEF si avvalga di una società *in house* da individuare per la gestione di una ristrutturazione dei debiti degli enti locali.

101 Tra le altre, l'art. 18 del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50 autorizza il Ministero dello sviluppo economico ad avvalersi di società *in house* per la gestione e l'erogazione delle risorse a valere su un fondo finanziario istituito per il sostegno alle imprese danneggiate dalla crisi ucraina. L'art. 2, comma 8, del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, autorizza lo stesso Ministero ad avvalersi delle proprie società *in house* per la gestione di un fondo per il rilancio delle attività economiche di commercio al dettaglio.

102 Si pensi al ruolo ausiliario sistematico che Invitalia S.p.A. svolge a favore del Ministero dello sviluppo economico in particolare nell'attività di gestione degli incentivi alle imprese. Con Delibera n. 484 del 30 maggio 2018, Invitalia S.p.A. è stata riconosciuta dall'ANAC come società *in house* di tutte le amministrazioni dello Stato.

103 A tal riguardo, può essere richiamato l'art. 1-ter del d.l. 21 settembre 2022, n. 104, secondo cui il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, "verificata l'impossibilità di utilizzare il proprio personale dipendente, è autorizzato ad avvalersi della società Ales S.p.A. per lo svolgimento delle attività di accoglienza e vigilanza nei musei, nei parchi archeologici statali nonché negli altri istituti e luoghi della cultura e delle attività di supporto tecnico, amministrativo e contabile, nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate...". La società venne costituita ai sensi di disposizioni legislative *ad hoc* (10, comma 1, lett. a), e commi 2 e 3 del d. lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 e dell'art. 20, commi 3 e 4, della legge 24 giugno 1997, n. 196), che prevedevano all'epoca la possibilità di costituire società miste per l'assorbimento di lavoratori socialmente utili. La società è impegnata da oltre quindici anni in attività di supporto alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale e in attività di supporto agli uffici tecnico-amministrativi del Ministero.

104 Si può richiamare l'art. 5-bis del d.l. 3 settembre 2019, n. 101, emblematicamente rubricato "disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali", che ha disposto l'internalizzazione del contact center multicanale dell'INPS con l'obiettivo dichiarato di "promuovere la continuità nell'erogazione dei servizi e per tutelare la stabilità occupazionale del personale ad essi adibito", affidandolo a una società *in house ad hoc* di INPS, la INPS Servizi S.p.A.

105 Nel caso di Ales S.p.A., l'art. 1, comma 1, prevede espressamente che non si applichi il comma 2 dell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici. Nel caso, invece, di INPS Servizi S.p.A. non è prevista una deroga espressa, ma la costruzione della disposizione è inequivocabile. Peraltro, come nel caso di Ales S.p.A., la disposizione prevede la copertura finanziaria dell'affidamento. Si tratta di disposizioni contabilistiche analoghe a quelle che stabiliscono il rafforzamento organizzativo degli apparati amministrativi tradizionali.

Vi sono fattispecie, anch'esse con carattere provvedimentoale dove invece emerge maggiormente la scelta politica della preferenza gestionale pubblica in luogo del ricorso al mercato. È il caso, ad esempio, dell'affidamento diretto per la gestione del sistema autostradale⁽¹⁰⁶⁾.

Le esigenze realizzative e di tempestività legate al PNRR hanno dato un'ulteriore spinta alla direttrice speciale in esame. Il modello prescelto, però, non è quello della deroga astratta alla disciplina generale ordinaria, ma l'introduzione di una disciplina speciale dell'affidamento *in house* ricalcata a grandi linee su quella generale, ma con le specificazioni necessarie a calibrare l'affidamento rispetto alle esigenze peculiari del PNRR.

A tal riguardo, si può richiamare l'art. 10, comma 3, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che prevede una motivazione di affidamento speciale imperniata sul "risparmio del tempo" e sul risparmio di "risorse economiche", prevedendo uno specifico *standard* di riferimento negli atti di affidamento di Consip S.p.A. e delle centrali di committenza.

Per quanto la disposizione faccia apparentemente salvo il modello generale, è innegabile che i fattori motivazionali enfatizzati si prestano con una certa facilità, perlomeno nella fase prospettica della motivazione, ad essere utilizzati in concreto per favorire l'affidamento *in house*⁽¹⁰⁷⁾. I richiamati fattori, infatti, almeno in teoria, sarebbero quasi intrinsecamente di vantaggio per la società *in house* che può contare, da un lato, sul carattere diretto e flessibile del rapporto con l'amministrazione di riferimento e, dall'altro, sulla possibile rinuncia ai margini di lucro.

In sostanza, la normativa sul PNRR, pur facendo salvo il modello generale, di fatto offre la possibilità di una più agevole attivazione dell'opzione *in house*.

Nella direttrice legislativa in esame è stata intravista una posizione "strategica" per la società *in house*, come strumento di rafforzamento della *capacity building* degli apparati amministrativi⁽¹⁰⁸⁾.

In realtà, un approccio più realistico depone per un'impostazione meno strategicamente orientata da parte del legislatore. Disposizioni di questa natura non nascono da un atto di fiducia del legislatore nel modello, ma da esigenze contingenti di opportunità – peraltro sostenute dagli apparati amministrativi in difficoltà e in ritardo con gli strumenti organizzativi ordinari – di eliminare ogni possibile irrigidimento organizzativo esistente, quand'anche avente finalità virtuose di efficienza.

In altre parole, in linea con la logica del risultato e della tempestività propria della direttrice legislativa connessa al PNRR, l'obbligo di motivazione previsto in generale è stato ricalibrato attenuando il profilo dell'efficienza a favore di quello dell'efficacia.

La direttrice espansiva in esame ha generato altre fattispecie, con un maggior connotato di specialità e con effetti potenzialmente dirompenti, in cui è prevalsa l'esigenza di assicurare ogni possibile soluzione organizzativa utile, come ad esempio la disposizione che attribuisce la possibilità agli enti territoriali di avvalersi del supporto

106 L'art. 2, commi 2-*sexies* e ss., del d.l. 10 settembre 2021, n. 121, nell'ambito di un provvedimento più generale dedicato agli investimenti e alla sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali, ha creato una nuova società, a totale partecipazione pubblica, per svolgere l'attività di gestione delle autostrade statali a pedaggio secondo il modello dell'*in house providing*.

107 Nel senso dell'alleggerimento dell'onere motivazionale e della maggiore facilità del ricorso all'*in house*, C. CONTESSA, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, op. cit., 755; della stessa opinione A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 305.

108 A. AVERARDI, op. ult. cit., 305 che richiama un passaggio del parere Cons. Stato, Sez. consultiva, 7 ottobre 2021, n. 164, relativo allo schema di Linee Guida elaborato sull'*in house* a settembre 2021 (sul tema si ritornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo). Anche su questo profilo, l'autore sembra condividere l'opinione espressa da C. CONTESSA, op. ult. cit., 754, che fa riferimento a un atto di "fiducia" del legislatore nei confronti dell'*in house*.

tecnico-operativo delle società *in house* delle amministrazioni statali⁽¹⁰⁹⁾ o quella che autorizza l'avvalimento di società a prevalente capitale pubblico, degli enti del sistema camerale e degli enti vigilati⁽¹¹⁰⁾.

Tali disposizioni sono state concepite in modo approssimativo e hanno dato origine ad alcuni equivoci interpretativi⁽¹¹¹⁾. Nel caso da ultimo richiamato, ad esempio, la disposizione può essere interpretata in un modo variabile, a tal punto da spaziare dalla sua illegittimità alla sua inutilità.

Se la disposizione intendesse consentire l'affidamento diretto alle amministrazioni statali e territoriali ivi indicate, potrebbe derogare legittimamente all'obbligo di motivazione previsto dall'art. 192, comma 2, del Codice, ma non potrebbe invece derogare al perimetro costitutivo dell'*in house* di matrice europea ("controllo analogo" e assenza di partecipazioni private rilevanti). La disposizione sarebbe, dunque, illegittima⁽¹¹²⁾.

Se invece intendesse attribuire la mera possibilità di avvalersi dei soggetti indicati rinviando agli istituti di avvalimento già esistenti nell'ordinamento (e, in particolare, al modello *in house*) e ai loro presupposti ordinari, la disposizione sarebbe inutile.

Tra questi due estremi, inaccettabili dal punto di vista ermeneutico, lo spazio per un significato residuale della disposizione è piuttosto ridotto.

Si potrebbe, ad esempio, pensare che la stessa si riferisca all'avvalimento a titolo gratuito, in quanto tale non incluso nella disciplina sugli affidamenti pubblici. In tal caso, però, la disposizione sarebbe di fatto difficilmente applicabile. A tacer d'altro, infatti, la prestazione di una società a partecipazione pubblica deve essere, infatti, pur sempre giustificata dal perseguimento di un interesse proprio o, nel caso di società *in house* di un'amministrazione diversa, da un interesse pubblico riconducibile a quest'ultima.

Analoghe problematiche vengono in rilievo con riferimento al richiamato art. 10 del d.l. n. 77/2021, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi di società *in house* qualificate ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Anche in tal caso si potrebbe in realtà individuare uno spazio di legittimità. In particolare, si potrebbe sostenere che la disposizione abilitante (il comma 1, che consente alle amministrazioni interessate di avvalersi delle società *in house* qualificate) si riferisca non a qualsiasi "società *in house*", intesa quest'ultima come modello tipologico astratto tale da includere in generale tutte le società *in house* anche quelle di altri enti pubblici sulle quali l'ente affidante non dispone di un controllo analogo⁽¹¹³⁾, ma solo alla/e società *in house* dell'amministrazione interessata.

Il valore aggiunto della disposizione speciale in esame consisterebbe nel mettere a servizio dell'amministrazione controllante il *know how* della società *in house* ordinariamente rivolto allo svolgimento della sua attività statutaria.

Una siffatta lettura, se da un lato avrebbe il merito ermeneutico di attribuire alla norma un significato utile e legittimo, dall'altro avrebbe una portata applicativa limitata e verosimilmente non in linea con la volontà più espansiva del legislatore.

Appare, dunque, più attendibile l'opinione⁽¹¹⁴⁾ che ha ricercato nella cooperazione

109 Art. 10, comma 4, del d.l. n. 77/2021.

110 Art. 9, comma 2, dello stesso d.l. n. 77/2021.

111 Da ultimo, sull'interpretazione delle richiamate disposizioni: G. MOCAVINI, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, op. cit. Sull'art. 10 del d.l. n. 77/2021: J. SPOROLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art.10 d.l.77/2021*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2022, n. 31.

112 A tal riguardo appare condivisibile la posizione rigorosa espressa da H. BONURA, *Il PNRR, il diritto dell'emergenza e l'in house senza controllo analogo: incrociare le rette parallele o intraprendere una retta via?*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 49 e ss. Più permissivo appare, invece, C. CONTESSA, op. ult. cit., 754.

113 J. SPOROLETTI, *Considerazioni sull'istituto dell'in house providing alla luce dell'art.10 d.l.77/2021*, op. cit., 124 e ss., che richiama anche A. Averardi, *PNRR investimenti e partecipate pubbliche*, op.cit., 298 sulla potenziale ampiezza della disposizione.

114 H. BONURA, op. ult. cit., 49 e ss.

pubblico-pubblico⁽¹¹⁵⁾ il fondamento di legittimità delle fattispecie in esame. A ciò si deve, invero, aggiungere che una possibilità analoga esiste di per sé nell'ambito del modello *in house*, laddove l'amministrazione controllante potrebbe disporre della società *in house* anche per svolgere un servizio a terzi. A quest'ultima possibilità dovrebbe fare riferimento implicito il richiamato art. 10 del d.l. n. 77/2021, laddove consente agli enti territoriali di avvalersi di società *in house* dello Stato “*per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato*” (comma 4), affidando al Ministero dell'economia il compito di definire i contenuti minimi delle convenzioni di affidamento (comma 5).

In ogni caso, anche ad assecondare una prospettiva di questo tipo, nella cooperazione pubblico-pubblico è necessaria l'esistenza di obiettivi comuni alle parti, così come un'amministrazione controllante non potrebbe disporre in modo del tutto libero dell'attività della propria società *in house* a favore di terzi, quand'anche fossero pubbliche amministrazioni.

Né può ritenersi al riguardo che le disposizioni legislative in esame servano proprio per realizzare il presupposto legittimamente necessario: nel caso della cooperazione pubblico-pubblico, la cristallizzazione dell'obiettivo comune⁽¹¹⁶⁾. Non può, infatti, determinarsi in astratto e per legge un *quid* che attiene intrinsecamente alla dimensione concreta e che va ricavato dagli specifici ruoli, funzioni e interessi riconducibili ai soggetti interessati.

Ne consegue che le disposizioni in esame conservano l'utilità piuttosto marginale (e, comunque, impropria perché carente di contenuto prescrittivo) di favorire la realizzazione di accordi di cooperazione pubblica anche al fine di poter indirizzare l'attività delle società *in house* a favore di soggetti terzi impegnati nell'attuazione del PNRR.

La medesima esigenza organizzativa che è alla base delle disposizioni sul PNRR è già in realtà conosciuta nel nostro ordinamento e ha dato vita ad analoghe disposizioni, apparentemente volte a facilitare l'organizzazione amministrativa per fronteggiare situazioni emergenziali, ma dal perimetro molto esteso e incerto e, almeno in parte, anche potenzialmente illegittime.

In questo ambito possono essere incluse disposizioni di vario genere, da quelle che creano *ex lege* relazioni dirette tra soggetti privati e società *in house* di pubbliche amministrazioni⁽¹¹⁷⁾ a quelle – molto simili a quelle già esaminate – che concedono a soggetti pubblici la possibilità di avvalersi di società *in house* di altre pubbliche amministrazioni, a prescindere da qualsiasi collegamento organizzativo o proprietario tra i primi e la società *in house*⁽¹¹⁸⁾.

Mentre nel caso di avvalimento della società *in house* di un'amministrazione da parte di un operatore privato, per quanto si tratti di una misura singolare, non si pongono particolari problemi di legittimità, non essendo la fattispecie soggetta alla disciplina del Codice dei contratti pubblici né ad altra fonte pubblicistica, nel secondo caso, per scongiurare il rischio di illegittimità per violazione dei limiti europei sul perimetro dell'istituto, l'apparente ampiezza astratta della disposizione è stata ridimensionata in sede interpretativa alle ipotesi di avvalimento gratuito o comunque di società *in house*

115 Art. 12, comma 4, della Direttiva 2014/24/Ue recepito dall'art. 5, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

116 In questo senso H. BONURA, op. ult. cit., 53-54.

117 L'art. 10, comma 2, del d.l. n. 21/2022 (decreto Ucraina-bis), ad esempio, ha consentito ad ILVA S.p.A., nell'ambito di progetti di decarbonizzazione del ciclo produttivo, di avvalersi di organismi *in house* dello Stato.

118 Per far fronte alla realizzazione di interventi urgenti nel settore idrico, l'art. 1, comma 523, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) ha previsto che alcuni interventi previsti in un “*piano straordinario*” di settore siano realizzati da alcuni soggetti (concessionari di derivazione o da gestori di opere mediante convenzione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, peraltro almeno in parte privati), con la possibilità di “*avvalersi*” di “*enti pubblici e società in house delle amministrazioni centrali dello Stato, dotate di specifica competenza tecnica*”.

che non operano neppure in minima parte sul mercato⁽¹¹⁹⁾.

Il richiamato parere, per le ragioni già indicate, non appare risolutivo e non può essere molto d'ausilio in relazione alle fattispecie più recenti sopra esaminate. L'ipotesi della gratuità è, infatti, piuttosto teorica. Il riferimento alle società a totale partecipazione pubblica può comportare a tutto concedere qualche problema in meno in termini di responsabilità concreta, ma non elimina in sé la questione di fondo dell'illegittimità della previsione.

7. Tendenze ordinamentali in atto

Come anticipato in premessa, l'istituto dell'*in house* continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica e non sempre nella stessa direzione.

A tal riguardo, rispetto alla tendenza legislativa registrata in senso più permissivo, devono essere anzitutto segnalati interventi sublegislativi da parte dell'ANAC e sostenuti dall'AGCM, che sembrano muoversi in una direzione opposta di maggiore severità.

L'ANAC ha avviato di recente una consultazione che ha portato alla predisposizione di uno schema di Linee Guida sull'applicazione dell'art. 192, comma 2, del Codice⁽¹²⁰⁾. Sul testo si è espressa con un parere anche l'AGCM⁽¹²¹⁾, che ha chiesto e ottenuto un irrigidimento ulteriore dello stesso⁽¹²²⁾.

Nonostante le Linee Guida nascano con lo scopo di fornire mere "indicazioni pratiche" per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, la componente regolatoria innovativa del testo appare consistente⁽¹²³⁾.

A tal riguardo, si segnala l'introduzione dell'obbligo procedurale di anticipare la pubblicazione della motivazione dell'affidamento *in house*, la previsione di vincoli sostanziali e istruttori che restringono le possibilità di scelta anche di tipo istruttorio da parte delle amministrazioni, ben al di là di quanto stabilito oggi dal giudice amministrativo, la previsione di obblighi di controllo e monitoraggio, l'invasione in ambiti di schietta rilevanza legislativa (ambito di applicazione della normativa di rango primario, conseguenze per inosservanza delle norme, ecc.)

Questo approccio, al di là dell'intento virtuoso, non appare giuridicamente ineccepibile e, peraltro, reitera un'impostazione regolatoria già oggetto di censure in passato da parte del Consiglio di Stato⁽¹²⁴⁾.

119 Consiglio di Stato, Sez. I, parere, 21 novembre 2019, n. 2923.

120 Schema di Linee Guida aventi ad oggetto "Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.", cit.

121 Parere AGCM S4142 sullo schema di Linee Guida dell'ANAC.

122 Il parere dell'AGCM si è focalizzato, in particolare, sui seguenti punti: individuazione dell'ambito applicazione dell'art. 192, comma 2, con specificazione dell'inclusione dei servizi pubblici locali, motivazione anticipata delle ragioni della scelta *in house* anche in funzione di un maggior contraddittorio procedurale, limitazione dei fattori non economici in sede di motivazione dell'affidamento, definizione dei contenuti essenziali del contratto servizio, procedimentalizzazione della scelta attraverso il riferimento alla consultazione di mercato, previsione di *benchmark* puntuali e predefiniti da costruire sull'impresa media di settore efficiente, facendo ricorso a tal fine ai costi standard definiti da Autorità di settore, indicazione degli obiettivi di universalità e socialità anche nelle prestazioni strumentali. Sulle Linee Guida si sono espresse anche l'ART e l'ARERA, le quali però hanno ricordato il loro ruolo neutrale rispetto alle modalità di affidamento e mosso rilievi al carattere estensivo delle stesse su alcuni aspetti di competenza legislativa (ambito di applicazione della disposizione, conseguenza dell'inosservanza, ecc.).

123 In questo senso è anche l'opinione di A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 305.

124 L'ANAC è già intervenuta in materia in passato, in particolare con le Linee Guida del 2017 (Linee guida n. 7/2017 recanti "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", adottate in attuazione dell'art. 192, comma 1, del Codice dei contratti pubblici), tuttora in vigore e dedicate prevalentemente agli elementi costitutivi dell'*in house* e agli accorgimenti organizzativi e statutari per realizzarli. In quell'occasione il Consiglio di Stato intervenne per emendare il testo da alcuni eccessi regolatori invasivi della sfera legislativa (v. il parere interlocutorio Cons. St., Commissione speciale, 1° febbraio 2017 n. 282).

La natura sostanzialmente legislativa delle misure proposte è confermata dalla circostanza che ANAC e AGCM hanno chiesto una parte delle stesse come innovazioni auspicabili nell'ambito del procedimento legislativo di approvazione della legge annuale sulla concorrenza⁽¹²⁵⁾.

La direttrice emergente dalle richiamate Linee Guida appare, se non recessiva nel merito, quanto meno decontestualizzata rispetto alle fluttuazioni più generali che stanno caratterizzando l'ordinamento in generale e, in particolare, la disciplina degli affidamenti pubblici⁽¹²⁶⁾.

A tal riguardo, come già accennato in premessa, da un lato, è stata adottata la legge 21 giugno 2022, n. 78 recante “*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*”, che è stata di recente attuata con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito anche “nuovo Codice dei contratti pubblici”).

Dall'altro lato, è stata adottata la legge 5 agosto 2022, n.118 “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, che al suo art. 8 reca la delega per il “*riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico*”. La disposizione è stata attuata con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (di seguito anche “Testo unico sui servizi pubblici locali”).

Con riferimento alla disciplina degli appalti pubblici, già dall'analisi della legge delega vengono in rilievo alcuni elementi di rottura rispetto alla direttrice rigorista del passato.

In primo luogo, quest'ultima non contiene più un riferimento al divieto di *gold plating*, cioè a un istituto tipico della formazione della legge avente valore procedurale o, comunque, non impediente rispetto a specifiche volontà estensive del legislatore in ordine alla maggior tutela di determinati valori o al perseguimento di finalità aggiuntive rispetto a quelle considerate dal diritto eurounitario.

La legge delega contiene invece un diverso criterio, che fa riferimento alla necessità di perseguire “*obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee*”⁽¹²⁷⁾. Si tratta di un indirizzo atipico, solo in parte riconducibile al divieto di *gold plating*. Pur nell'indefinitezza del criterio⁽¹²⁸⁾, se ne deve ricavare, dunque, un qualche valore preclusivo sostanziale o, comunque, di cautela restrittiva nella declinazione dei criteri direttivi della legge delega.

In secondo luogo, la legge delega – a differenza della precedente, sulla quale, come si è visto, la Corte costituzionale ha fatto perno per giustificare la legittimità costituzionale della disciplina restrittiva contenuta nell'art. 192, comma 2, del Codice – non contiene più alcuna attenzione specifica sull'istituto dell'*in house*.

Più in generale sembra emergere una effusione valoriale eterogenea, che fa perno certamente sui valori storici della disciplina, come la trasparenza e la concorrenza, ma con un'enfasi minore rispetto ad altri temi, sia sostanziali – come lo sviluppo sostenibile – sia procedurali, come la semplificazione e la tempestività realizzativa.

Da questo punto di vista, la legge delega sembra voler portare a sistema generale

125 ANAC, *Osservazioni al provvedimento e proposte emendative*, 28 febbraio 2021 che si focalizza soprattutto sulla pubblicazione anticipata della motivazione dell'affidamento *in house*. AGCM, Segnalazione S4143 relativa a “*proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”.

126 Questa appare la ragione di fondo che ha indotto il Consiglio di Stato in sede di parere a non dar seguito allo schema predisposto dall'ANAC in attesa degli sviluppi e della definizione del quadro legislativo di riferimento: Consiglio di Stato, Sez. consultiva, parere 7 ottobre 2021. n. 164, rilevando peraltro che, nel redigere le Linee Guida, l'ANAC non ha tenuto conto di alcune novità di diritto positivo già introdotte, come l'art. 10, d.l. n. 77/2021 già sopra esaminato. Per un commento: G. NATALI, *Passato, presente e futuro dell'in house nel recente parere interlocutorio del Consiglio di Stato sullo schema di linee guida ANAC*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 5/2021.

127 Art. 2, comma 2, lett. a).

128 Per un primo commento sulla legge delega: B. G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2022, pp. 589 e ss. Il contributo sottolinea il carattere aperto e indefinito della legge delega ed evidenzia alcuni elementi di contraddittorietà, che comunque lascerebbero molto margine di azione in sede delegata.

il quadro normativo speciale già previsto dall'ordinamento in funzione delle esigenze pragmatiche legate alla realizzazione del PNRR.

Il quadro evolutivo descritto è confermato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che conferisce dignità giuridica tipica al “*principio del risultato*”, assegnandogli peraltro il rango più alto come “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*”⁽¹²⁹⁾.

Nella declinazione dello stesso, vengono sì richiamati i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, ma in un'accezione essenziale e peraltro naturale e immanente agli stessi di controlimita. La portata innovativa del principio consiste nella specificazione del valore della “*massima tempestività*” e nella tutela tendenziale del rapporto qualità prezzo come “*migliore [...] possibile*”⁽¹³⁰⁾.

Sotto altro profilo, sia il valore della “concorrenza” sia quello della “trasparenza” vengono in qualche modo relativizzati attraverso l'attribuzione agli stessi di una funzionalità specifica⁽¹³¹⁾. Peraltro, nella funzionalizzazione della trasparenza si registra una qualche forzatura, che potrebbe anche indebolirla in termini di principio, perché è correlata ad obiettivi che non sono naturalmente il suo sviluppo e, cioè, la “*massima semplicità*” e la “*celerità*”⁽¹³²⁾.

La disposizione può essere letta come una protrazione dell'assetto valoriale speciale introdotto con il PNRR, che accentua al massimo grado il pragmatismo del risultato e, dunque, la necessità di pervenire al più presto all'impatto materiale dell'azione amministrativa. Venendo al tema in esame, il principio potrebbe favorire una lettura degli strumenti organizzativi disponibili, come l'*in house*, in termini di equivalenza e senza la necessità di dosarli in una scala di valori sostanziali e tra questi, in particolare, quello dell'efficienza.

Anche il “*principio della fiducia*”⁽¹³³⁾ costituisce un'innovazione rilevante rispetto al tema in esame. L'affermazione del principio in sé dovrebbe comportare un effetto di rottura in termini di approccio regolatorio e applicativo alla materia, storicamente costruita in passato sull'assunto opposto della sfiducia nei confronti dell'azione pubblica⁽¹³⁴⁾.

Più in concreto, nella misura in cui il principio della fiducia “*favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*”⁽¹³⁵⁾, dovrebbe portare a un maggior rispetto per gli spazi di autonomia decisionale propri dell'amministrazione, che peraltro – in senso ancora più permissivo – vengono parametrati rispetto al risultato.

Emerge, dunque, un'enfasi per l'aspetto finalistico o, per usare una terminologia giuridica già tipizzata nel diritto amministrativo, per l'efficacia e non anche per i principi condizionali che usualmente allo stesso si correlano, come quello dell'efficienza o dell'economicità⁽¹³⁶⁾.

129 Art. 1, comma 4.

130 Art. 1, comma 1.

131 La relazione di accompagnamento svolge un'analisi sul “valore” della concorrenza, intesa come “mezzo” e non come “fine” da perseguire ad ogni costo, facendo riferimento a una “demitizzazione” (p. 13).

132 Art. 1, comma 2.

133 Art. 2, rubricato “*principio della fiducia*”.

134 Sulla sfiducia che permea l'impostazione legislativa tradizionale in materia. M. CLARICH, *Introduzione, in Commentario al Codice dei contratti pubblici*, 2019, XXXIII e ss. Il punto è sottolineato anche dalla Relazione di accompagnamento, che parla di logica della “sfiducia” e del “sospetto” con tutte le storture che ne sono derivate in termini di “paura della firma” e “burocrazia difensiva” (p. 14).

135 Art. 2, comma 2.

136 L'Art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 stabilisce che “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*”. Il principio dell'efficienza non è espressamente richiamato, ma è incluso in quello dell'economicità: M. TRIMARCHI, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in M. CLARICH e G. FONDERICO (a cura di), *Procedimento amministrativo*, 2 e ss.

Rispetto alle emersioni di principio richiamate, non vengono in rilievo controlimiti giuridicamente apprezzabili. Se si guarda, infatti, al principio di concorrenza, a parte riferimenti incidentali o comunque aventi prescrittività marginali, allo stesso viene dato il rango di valore di principio in un'accezione molto ristretta.

Il principio viene richiamato quasi come specie o comunque come aspetto di un principio più generale che è quello dell'“*accesso al mercato*”¹³⁷.

Già la rubrica dell'articolo rende l'idea che la disposizione non si riferisce alla dimensione a monte del rapporto tra sfera dell'autorganizzazione pubblica e quella di mercato, ma solo a quest'ultima.

Inoltre, la portata sostanziale del principio e del *favor* all'accesso al mercato è ridimensionata dal rimando alle “*modalità indicate dal codice*”. L'espressione riduce i margini di autonomia della disposizione, rimandando alla disciplina puntuale dei singoli istituti.

In ogni caso, in linea peraltro con le direttrici del passato e per il vero anche della disciplina euorunitaria¹³⁸, il principio della concorrenza viene confermato in un'accezione ristretta che valorizza il dovere di imparzialità e il divieto di discriminazione. Si tratta di prescrizioni che si riferiscono al trattamento degli operatori economici e non al perimetro tra sfera pubblica e sfera di mercato.

Questo quadro di principio trova un punto di caduta nella disciplina *ad hoc* dell'affidamento *in house*, contenuto nell'art. 7 del nuovo Codice dedicato al “*Principio di auto-organizzazione amministrativa*”.

La rubrica della disposizione positivizza un concetto fino ad oggi utilizzato solo in giurisprudenza e in dottrina. L'espressione in sé, dunque, non costituisce una novità, ma sembra implicare una scelta precisa in ordine alla collocazione concettuale del tema nella dimensione dell'autodeterminazione organizzativa dell'amministrazione.

Quanto agli aspetti sostanziali, benché la legge delega e il quadro di principio esaminato farebbero propendere per un ripensamento in riduzione dell'attuale disciplina, la disposizione appare molto simile all'attuale art. 192, comma 2, del Codice vigente.

In realtà si tratta di una contraddizione solo apparente.

In primo luogo, la disposizione introduce espressamente un nuovo criterio, quello della “*celerità del procedimento*”¹³⁹, che rende ancora più discrezionale la scelta dell'amministrazione facendo riferimento a un valore che potrebbe essere ritenuto prevalente rispetto ad altri, anche di convenienza economica, nell'ambito della scala di valori che l'amministrazione può individuare nella valutazione complessiva del singolo caso.

In ogni caso, il riferimento normativo conferma la linea di continuità valoriale con la più recente legislazione più permissiva in materia di PNRR (v. *supra*).

In secondo luogo, la disposizione svolge una necessaria revisione sintattica dell'art. 192, comma 2, del Codice. Questa attività, apparentemente formale, ha un risvolto in termini sostanziali perché rende ancor più chiaro il carattere olistico, unitario e complessivo dell'obbligo di motivazione con ciò conferendo maggior spazio di autonomia alla decisione amministrativa. La nuova disposizione, da considerarsi un perfezionamento sintattico della precedente, sembra confermare sotto altro profilo che in fondo l'obbligo di motivazione previsto non si allontana di molto da quello che sarebbe ordinariamente richiesto in base ai principi generali.

Il riequilibrio valoriale registrato è ricavabile anche dalla disposizione speciale re-

137 Art. 3, rubricato “*Accesso al mercato*”.

138 Questa prospettiva restrittiva emerge dall'analisi di diritto positivo sopra esposta al paragrafo 4. Su questi temi, per un'analisi generale più approfondita, v. già: M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, cit.

139 Art. 7, comma 2.

lativa alle “prestazioni strumentali”¹⁴⁰). In tal caso, laddove gli elementi di “socialità” sono assenti quasi *a priori* o molto più sfumati rispetto agli affidamenti che riguardano servizi alla collettività, l’elemento dell’economicità dovrebbe avere fisiologicamente carattere preminente. E, invece, la disposizione introduce un ulteriore correttivo che va nel senso di ampliare la libera autodeterminazione dell’amministrazione, laddove prevede che la valutazione possa tener conto dell’esigenza di “celerità” o di “perseguimento di interessi strategici”.

La disposizione, comunque, non va letta solo come indice di un indirizzo generale di politica legislativa sul rapporto tra azione pubblica e mercato, ma come espressione di esigenze effettivamente reali e determinate dalle problematiche dei tempi. Si pensi, ad esempio, alla possibile esigenza strategica di internalizzare i servizi informatici o digitali in presenza di rischi crescenti di attacchi esterni non affrontabili mediato l’approccio regolatorio tradizionale.

È innegabile, comunque, una scelta di principio di maggiore protezione della sfera autodeterminativa dell’amministrazione. A tal riguardo, con riferimento alla dimostrazione dei “vantaggi di economicità”, la disposizione si limita a stabilire che gli stessi “possono emergere” anche mediante la comparazione con gli *standard* di riferimento della società Consip S.p.A. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri ovvero oppure, in mancanza, con gli *standard* di mercato.

In presenza di un elemento di comparazione tendenzialmente oggettivo, come i “vantaggi di economicità”, la disposizione poteva essere ben più assertiva, univoca e vincolante. E, invece, la stessa non esclude, perlomeno in astratto, la possibilità dell’amministrazione di ricorrere a chiavi motivazionali alternative.

Qualche cenno finale merita la riforma dei servizi pubblici locali, come anticipato, avviata sulla base della disposizione di delega contenuta nell’art. 8 della legge annuale per la concorrenza 2021 e definita in sede delegata con il richiamato d.lgs. n. 201/2022.

A differenza della disciplina sugli appalti, quella sui servizi pubblici locali prende in specifica considerazione e sotto diversi punti di vista la società *in house*, denominata spesso nelle norme anche come società o modello di “autoproduzione”.

L’analisi della delega rivela immediatamente un primo profilo di contraddittorietà. Da un lato, infatti, uno dei criteri direttivi enfatizza la necessità del “coordinamento” della disciplina con quella in materia di contratti pubblici e in materia di società a partecipazione pubblica. Il criterio non lascerebbe, dunque, ipotizzare innovazioni rilevanti.

Dall’altro lato, però, emerge la volontà del legislatore di contenere in modo significativo l’utilizzo della società *in house*.

Infatti, sebbene il criterio di delega specifico sull’affidamento *in house*, al netto di qualche irrigidimento, non sembri molto dissimile dall’analoga norma prevista in materia di appalti pubblici, la differenza di rigore è data dalle ulteriori norme restrittive di carattere indiretto.

A tal riguardo, in primo luogo, la delega prevede a monte una revisione dei regimi di esclusiva, da giustificare in modo puntuale, secondo adeguatezza e proporzionalità, in considerazione delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento¹⁴¹.

In secondo luogo, la delega prevede un controllo permanente dell’affidamento *in house*. La *ratio* di tale impostazione è di evitare che la motivazione dell’affidamento *in house* rimanga uno schermo statico e virtuale di legittimità e di rendere effettiva la

140 Art. 7, comma 2, terzo periodo.

141 comma 2, lett. d).

valutazione prognostica di maggiore convenienza complessiva resa in tale sede.

A tal riguardo, in particolare, viene prevista un'ipotesi di razionalizzazione specifica laddove i risultati effettivi della gestione non giustifichino il mantenimento dell'autoproduzione⁽¹⁴²⁾.

Inoltre, è previsto un rafforzamento inedito della trasparenza, prevedendo una raccolta ed elaborazione permanente di dati con riferimento, tra l'altro, alla “*comprensibilità degli atti*” e dei “*dati concernenti la scelta del regime di gestione*” e al “*concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico*”⁽¹⁴³⁾.

Nella direttrice rigorista merita di essere evidenziato il criterio di delega che include nella disciplina generale delle modalità di affidamento anche il settore del trasporto pubblico locale, storicamente soggetto a una disciplina speciale autonoma e di maggior favore per il modello *in house*⁽¹⁴⁴⁾.

Il Testo unico attuativo è coerente con l'impostazione della legge delega.

In realtà se si guarda all'atto di affidamento, se è vero che emerge una qualificazione ancora più puntuale e incalzante della motivazione (si pensi alla necessità di dar conto degli investimenti da effettuare e dei mezzi necessari, all'obbligo di dar conto delle pregresse gestioni, all'impatto sulla finanza pubblica, ecc.), dall'altro lato emerge invece un principio di parità di trattamento tra le varie forme di affidamento⁽¹⁴⁵⁾.

È la conferma che la motivazione qualificata prevista non è altro che l'espressione del comune obbligo di motivazione tra diverse opzioni disponibili, ma con la predefinita puntuale degli aspetti razionali da considerare per renderla soddisfacente. È chiaro che di fatto questo approccio incalzante rischia di penalizzare l'affidamento *in house*, ma non per una sfiducia nei confronti dell'istituto in sé quanto per il fatto che in sede applicativa lo stesso ha goduto in passato di un approccio superficiale di favore.

Altri stringenti vincoli sono stati disciplinati a monte (es. limitazione alla previsione di esclusive)⁽¹⁴⁶⁾ o in modo indiretto (es. obbligo di monitorare la *performance* della società *in house* con l'emersione di dati che divengono ineluttabili in sede di motivazione)⁽¹⁴⁷⁾.

In tal modo, il Testo unico non solo appare in linea con le previsioni della legge delega, ma è stato costruito in modo tale da evitare la questione della compatibilità della nuova normativa con la volontà referendaria del 12 e 13 giugno del 2011, come si è visto ancora attuale.

A tal riguardo, infatti, la compressione dell'istituto non è avvenuta replicando il modello dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (o successivo art. 4 del d.l. n. 95/2012), ma – al pari della normativa sopra esaminata in materia di appalti pubblici – qualificando l'onere di motivazione. Inoltre, come si è detto, il Testo unico agisce restrittivamente su altri aspetti, sia a monte sia a valle.

Se il complesso dell'attività legislativa appare nella sostanza costituzionalmente legittimo, difetta un coordinamento (in termini di rigore della disciplina) con la parallela evoluzione legislativa in materia di appalti, nonostante un siffatto coordinamento fosse espressamente indicato come criterio direttivo.

In ogni caso, rispetto all'andamento ondivago dell'istituto a cui si è fatto cenno in premessa, ci troviamo oggi di fronte a un intreccio di discipline che potrebbero andare

142 comma 2, lett. i).

143 comma 2, lett. u).

144 comma 2, lett. m).

145 Il Testo unico contiene la disciplina dell'affidamento *in house* all'art. 17 (la disciplina è analoga, seppur con qualche aggravamento, a quella contenuta nell'art. 192 del Codice e nel nuovo Codice dei contratti pubblici sopra esaminato), ma esiste una disciplina generale comune a tutte le forme di affidamento nell'art. 14.

146 Art. 10 e ss.

147 Art. 17, comma 5, e art. 30.

in direzione diversa. Con un paradosso: l'opzione *in house* nei servizi pubblici locali, in passato resa più agevole dall'esito referendario del 2011, diviene più difficile rispetto alla medesima opzione nell'ambito degli appalti pubblici⁽¹⁴⁸⁾.

8. Conclusioni

Il contributo ha fornito l'occasione per analizzare l'evoluzione ordinamentale in corso e proiettare il modello *in house* nel futuro, ma anche per chiarire qualche aspetto del passato che continua ad essere oggetto di dibattito.

Dopo la compressione subita di recente dall'istituto, nel moto pendolare tipico degli istituti dell'intervento pubblico nell'economia, la transizione in atto legata agli ambiziosi obiettivi realizzativi del PNRR colloca l'*in house* in una fase di ascesa, sia pure dai contorni non definiti.

Il contributo parte dai dati economici. In questa prospettiva, il tema può essere scomposto in due dimensioni.

Da un lato, si può vedere il ruolo della società *in house* nell'economia. Sebbene non esistano analisi dedicate, diverse evidenze confermano che le società *in house* hanno conservato di fatto un notevole ruolo nell'economia, soprattutto a livello locale, registrando una tendenza diversa, o perlomeno, meno accentuata rispetto alle direttrici restrittive astratte prefigurate dalle norme dell'ordinamento.

Dall'altro lato, si può parlare di economia della società *in house*. Anche su questo aspetto mancano studi dedicati, ma i dati raccolti rivelano un'accentuazione ulteriore degli indicatori di efficienza che già caratterizzano in modo negativo le società a partecipazione pubblica. Per quanto l'efficienza possa legittimamente non essere considerata un valore assoluto del modello, ma un fattore da assoggettare a compromesso, i dati raccolti evidenziano una realtà che van ben al di là, mettendo in discussione i tratti identitari minimi del modello di organizzazione societario.

Nella dimensione più strettamente giuridica, sebbene il quadro legislativo e in particolare l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici siano stati sostanzialmente blindati sia rispetto all'ordinamento costituzionale interno sia rispetto a quello eurounitario, gli orientamenti giurisprudenziali esaminati hanno fornito diversi profili di analisi che potrebbero ritornare utili anche in futuro.

Anzitutto, l'art. 192 del Codice è stato connotato in modo eccessivamente estremo dal dibattito giuridico. Le considerazioni esposte dovrebbero attenuare il tratto di specialità e di maggiore gravosità con il quale l'art. 192, comma 2, del Codice viene in genere descritto.

A ben vedere, infatti, l'onere motivazionale previsto non si allontana molto da quello che, in base ai principi generali, dovrebbe fisiologicamente sorreggere un atto di affidamento tra diverse opzioni disponibili.

Più che un onere di motivazione di maggiore gravosità o rafforzato, la disposizione ha preso atto di una sistematica disfunzione applicativa (la sommarietà dell'azione amministrativa nel preferire l'*in house*) e ha puntualizzato i parametri motivazionali da soddisfare. L'asimmetria di trattamento che si vede non è altro che il riflesso dell'asimmetria applicativa che era stata riscontrata nell'esperienza.

In definitiva, più che imporre un onere in più gravoso, la disposizione ha inteso dare effettività all'obbligo di motivazione. Norme di questo tipo si pongono a metà strada tra l'esigenza di un'innovazione rigoristica sostanziale del quadro normativo e quella di dover assicurare l'effettività di obblighi già esistenti, ma elusi da prassi poco virtuose.

Ciò premesso, nella prospettiva eurounitaria, la Corte di giustizia ha confermato

148 In senso analogo A. AVERARDI, *Pnrr, investimenti e partecipate pubbliche*, op. cit., 306.

l'indifferenza dell'ordinamento per le opzioni organizzative a disposizione delle pubbliche amministrazioni per l'acquisizione dei beni e servizi strumentali o per l'esecuzione di servizi pubblici nei confronti della collettività.

Una volta precisati gli elementi costitutivi dell'istituto, dall'ordinamento eurounitario non possono inferirsi vincoli in positivo per l'ordinamento nazionale in termini di sfavore dell'*in house* rispetto al modello alternativo dell'internazionalizzazione.

L'analisi ha peraltro fornito l'occasione per riflettere sulla nozione giuridica di "concorrenza" nel diritto eurounitario degli appalti pubblici. Emerge in particolare una nozione minimale e ristretta, che non si occupa del perimetro tra Stato e mercato, ma di come lo Stato deve comportarsi se la sua azione influenza il mercato. La tutela della concorrenza incide sull'azione pubblica solo nella dimensione a valle in cui la pubblica amministrazione ha già deciso di rivolgersi al mercato e si concreta, dunque, nel divieto di discriminazione tra operatori economici, siano essi pubblici o privati.

Questa prospettiva porta peraltro a dubitare che qualsiasi aspetto della disciplina del modello afferisca necessariamente alla materia della "tutela della concorrenza", con tutto quello che se ne deve ricavare nei rapporti tra Stato e Regioni. Una volta, infatti, che sia definita la linea di demarcazione tra ciò che è *in house* e ciò che non lo è, ulteriori scelte restrittive sulla preferenza del modello come modalità d'azione pubblica rispondono più ad altri valori, come quello dell'efficienza, piuttosto che a quello della tutela della concorrenza.

Sul versante costituzionale interno, la Corte costituzionale, sebbene chiamata a pronunciarsi su aspetti procedurali relativi alla formazione della legislazione sull'*in house* (divieto di *gold plating* e rispetto dei criteri di delega legislativa del 2016), ha manifestato un eccesso di protezione nei confronti della tendenza legislativa restrittiva degli ultimi anni. Peraltro, nel merito, anche l'invocazione della materia "tutela della concorrenza" a protezione complessiva dell'istituto è apparsa a tratti forzatamente estensiva.

In questo contesto, si innestano i fermenti ordinamentali più recenti.

A tal riguardo, il contributo dimostra l'esistenza di una direttrice legislativa speciale, che di fatto ha eroso in modo significativo l'apparente severità della normativa restrittiva generale contenuta nel richiamato art. 192 del Codice.

Questa direttrice, già presente nel nostro ordinamento, ha visto il suo apice nella legislazione relativa al PNRR, condizionata da pressanti esigenze realizzative. In questo quadro, il legislatore sembra valorizzare ogni possibile strumento organizzativo utile e, tra questi, anche gli istituti – come l'*in house* – che potremmo definire di autorizzazione amministrativa o anche quelli di interazione amministrativa.

Laddove, però, alcuni osservatori hanno visto in questa tendenza un tratto valoriale di consapevole strategicità, il contributo mantiene un giudizio più cauto che depone per un'impostazione meno strategicamente orientata. Le disposizioni di favore in esame non nascono da un atto di fiducia del legislatore nel modello, ma da esigenze contingenti di opportunità – peraltro sostenute dagli apparati amministrativi in difficoltà e in ritardo con gli strumenti organizzativi ordinari – di eliminare ogni possibile irrigidimento organizzativo esistente, quand'anche avente finalità virtuose di efficienza.

In altre parole, in linea con la logica del risultato e della tempestività propria della direttrice legislativa connessa al PNRR, l'obbligo di motivazione previsto in generale è stato ricalibrato attenuando il profilo dell'efficienza a favore di quello dell'efficacia.

Peraltro, la direttrice espansiva in esame ha generato fattispecie di favore caratterizzate da diversi livelli di specialità. Alcune di queste – come ad esempio la disposizione che attribuisce la possibilità agli enti territoriali di avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house* delle amministrazioni statali o quella che autorizza l'avvalimento di società a prevalente capitale pubblico, degli enti del sistema camerale

e degli enti vigilati – potrebbero avere effetti potenzialmente dirompenti, perché porterebbero a configurare la possibilità di affidamenti diretti ben al di là dei paletti indisponibili stabiliti nell'ordinamento eurounitario.

Intanto, l'istituto continua ad essere oggetto di interventi conformativi di vario genere e di diversa intensità giuridica – inclusi quelli di tipo persuasivo o sollecitatorio, cd. di *soft law* – e non sempre nella stessa direzione.

In particolare, l'ANAC è intervenuta in una dimensione applicativa con interventi che hanno lasciato spazio, come spesso accade, a un margine regolatorio di conformazione innovativa, esercitata sempre nella direzione di restringere le possibilità di ricorso all'istituto.

Nella stessa direttrice teleologica, l'ANAC – spesso in concomitanza con l'AGCM, in ragione della rilevanza concorrenziale della materia – ha in più occasioni sollecitato ulteriori interventi normativi in senso ancor più rigorista.

Queste direttrici contrastanti vanno peraltro contestualizzate in un quadro più generale in cui a fluttuare è l'intera disciplina relativa agli affidamenti pubblici, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e del Testo unico in materia di servizi pubblici locali.

Anche da questi eventi di portata più generale emergono dati non univoci, che dimostrano l'assenza di una direttrice legislativa certa e coerente.

Da un lato, la legge delega sui contratti pubblici fa emergere un approccio essenzialista alla regolazione e nel merito a un approdo di maggior rispetto per l'autodeterminazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni. Questa impostazione ha avuto un coerente punto di caduta nel nuovo Codice dei contratti pubblici che ha valorizzato il principio del “*risultato*” e il principio della “*fiducia*”.

Anche la disciplina più specifica dell'*in house* ne è una conferma, con una revisione degli oneri procedurali e sostanziali in termini di minore specialità.

Dall'altro lato, però, la legge sulla concorrenza ha aperto un varco di maggior rigore. Ne è conferma il Testo unico in materia di servizi pubblici locali che ne è scaturito, dove l'*in house* viene sostanzialmente “cinturato”, più che da vincoli relativi alla motivazione dell'affidamento, da presidi a monte, che rendono più difficile la costituzione di regimi di esclusiva (terreno fertile per la diffusione dei modelli *in house*), e a valle, che rendono permanente il controllo della performance della società *in house*. La *ratio* di tale impostazione è di evitare che la motivazione dell'affidamento *in house* rimanga uno schermo statico e virtuale di legittimità e di rendere effettiva la valutazione prognostica di maggiore convenienza complessiva resa in tale sede.

Nella nuova stagione dell'*in house*, rispetto all'andamento ondivago dell'istituto a cui si è fatto cenno in premessa, sembra di trovarsi oggi di fronte a un intreccio di discipline che potrebbero andare in direzione diversa. Con un paradosso: l'opzione *in house* nei servizi pubblici locali, in passato resa più agevole dall'esito referendario del 2011, potrebbe divenire più difficile rispetto alla medesima opzione nell'ambito degli appalti pubblici.