

AUTORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

Il principio di auto-organizzazione amministrativa: autonomia, discrezionalità e modelli di gestione

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I principi generali del nuovo codice e la codificazione del potere di auto-organizzazione amministrativa. 2.1 Il ruolo dei principi generali e il rafforzamento della autonomia e della discrezionalità delle amministrazioni. 2.2 Recepimento del “*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*” e il differente posizionamento rispetto alla disciplina previgente. 2.3 Ordinarietà dell’affidamento *in house* e la legittimità dell’onere motivazionale più stringente in capo alle amministrazioni: la svolta della Corte Costituzionale. 2.4 La “tendenziale” parità tra auto-produzione ed esternalizzazione. Il parere del Consiglio di Stato sulla scorta della giurisprudenza europea. 2.5 Verso una “amministrazione di risultato”: il ritorno all’“amministrazione del fare”. 3. La governance delle società *in house* e la giustificazione della scelta. 3.1 Caratteristiche delle società *in house* e il perimetro del controllo analogo secondo la giurisprudenza. 3.2 L’attuale ruolo della motivazione negli affidamenti *in house* ordinari. 3.3 Il necessario bilanciamento tra principi e obiettivi nelle ragioni della scelta degli affidamenti *in house*, semplificazione dell’onere motivazionale in caso di prestazioni strumentali. 3.4 L’obbligo di motivazione qualificata per l’affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale. Esclusione dell’applicazione della disciplina codicistica. 3.5 I dubbi interpretativi del Tar Lazio in ordine alla previsione di una motivazione rinforzata. 4. La cooperazione tra autorità pubbliche come alternativa al mercato. 4.1 I confini della cooperazione pubblica secondo la giurisprudenza comunitaria. 4.2 Gli approdi della giurisprudenza amministrativa interna per la valida adozione degli accordi di cooperazione. 4.3 Le caratteristiche di legittimità degli accordi di cooperazione secondo ANAC: il perseguimento dell’interesse pubblico comune. 5. Conclusioni.

DI DANIELA BORREDON

ABSTRACT: Il saggio propone uno studio sul principio di auto-organizzazione amministrativa: partendo da una verifica sul modo in cui tale principio di derivazione europea sia stato ribadito nell’ordinamento italiano e da un esame delle sue peculiarità, soprattutto nell’ambito delle diverse fonti normative che regolano la materia degli affidamenti *in house*, l’Autrice proverà a far emergere come in tale settore “la motivazione” dell’atto decisionario possa acquisire un’importanza diversa a seconda del contesto: affidamento diretto ordinario, servizio di natura strumentale, servizio pubblico locale di interesse economico. Infine, attraverso le interpretazioni offerte dalla giurisprudenza nazionale ed europea, verranno presi in esame gli obblighi che la stazione appaltante deve rispettare per garantire la corretta applicazione del principio nelle sue diverse forme.

ABSTRACT: *The essay concerns a study of the European principle of administrative self-organization: by examining how this principle has been transposed in our legal system, and what are its features, specially in the environmental of the in house providing, the Author tries to show how the decision-making act’s motivation assumes varying degrees of importance, depending on the context.*

Lastly, the contribution, from a study of the European and Italian judicial interpretation, focuses on the legal obligations of the contracting authority in order to apply the principle.

1. Introduzione.

Il **Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36⁽¹⁾ - Codice dei contratti pubblici** - è l'insieme delle norme che disciplinano l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture da parte della pubblica amministrazione. Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31 marzo 2023 ed entrato in vigore dal 1° luglio 2023, il D.Lgs. 36/2023 si applica a tutte le amministrazioni pubbliche, enti aggiudicatori e operatori economici coinvolti nei contratti pubblici: il Codice, quindi, non disciplina soltanto gli appalti pubblici ma anche il settore delle concessioni e dei partenariati. Il testo è costituito da 229 articoli, suddivisi in 5 libri, ai quali si aggiungono numerosi allegati che rappresentano una scelta legislativa innovativa volta ad integrare la normativa principale con regole tecniche e discipline di dettaglio. Infatti, sebbene gli articoli e gli allegati posseggano pari rango e costituiscano un unico *corpus* normativo⁽²⁾, tale soluzione evita di sovraccaricare eccessivamente il testo del decreto legislativo. Questa impostazione deriva dal fatto che il quadro normativo italiano sugli appalti pubblici, negli ultimi decenni, si è contraddistinto per un marcato livello di instabilità: da una parte, le frequenti modifiche, spesso frammentarie e poco coordinate, hanno finito per generare conseguenze contrarie agli obiettivi di rapidità e semplificazione dei procedimenti, dall'altro, l'alta percentuale di norme incomplete, perché in attesa di essere emanate da fonti subordinate, ha di fatto determinato una incerta applicabilità della disciplina, anche a causa di diversi "periodi transitori" durante i quali alcune disposizioni sono state tenute in vigore provvisoriamente solo "in quanto compatibili". L'utilizzo degli allegati è, quindi, finalizzato a conferire al Codice "natura autoconclusiva" o meglio ancora "autosufficiente", nel senso che non è più necessario, come in passato, rinviare a ulteriori provvedimenti attuativi, essendo possibile sin da subito la piena conoscenza della disciplina da attuare.

A differenza del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Vecchio Codice dei Contratti pubblici), che non destinava parti specifiche ai principi generali, il **Titolo I, Parte I del Libro I** del vigente Codice definisce i principi fondamentali posti alla base dell'intera materia dei contratti pubblici, tra i quali il **"Principio di auto-organizzazione amministrativa"** come codificato dall' **art. 7**.

L'obiettivo della presente analisi è quello di verificare in che modo tale principio di derivazione europea sia stato ribadito nell'ordinamento italiano e quali sono le sue peculiarità, soprattutto nell'ambito delle diverse fonti normative che regolano la materia degli affidamenti *in house*. Si proverà a far emergere come in tale settore "la motivazione" dell'atto decisorio possa acquisire un'importanza diversa a seconda del contesto: che si tratti di un affidamento diretto ordinario, di un servizio di natura strumentale o di un servizio pubblico locale di interesse economico.

Infine, attraverso le interpretazioni offerte dalla giurisprudenza nazionale ed europea, verranno presi in esame gli obblighi che la stazione appaltante deve rispettare per garantire la corretta applicazione del principio nelle sue diverse forme, compresa la valida adozione degli accordi di cooperazione che, al pari degli affidamenti *in house*, rappresentano una deroga alle regole poste a tutela dell'evidenza pubblica.

1 Emanato in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 che reca la delega al Governo in materia di contratti pubblici. Successivamente il Decreto Legislativo 31 dicembre 2024, n. 209 recante Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" ha integrato e modificato la disciplina dei contratti pubblici contenuta nel D.lgs 36/23. In seguito, la legge n. 34/2026 - Legge annuale sulle piccole e medie imprese - ha introdotto alcuni aggiornamenti per agevolare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

2 Come confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato del 24 dicembre 2025, n. 10297

2. I principi generali del nuovo codice e la codificazione del potere di auto-organizzazione amministrativa.

2.1 Il ruolo dei principi generali e il rafforzamento della autonomia e della discrezionalità delle amministrazioni.

Per comprendere la scelta legislativa di dedicare un apposito spazio ai principi generali che regolano la materia dei contratti pubblici bisogna partire dalla considerazione che nella cultura giuridica moderna, in cui le regole sono diventate tante, in presenza di lacune nel diritto e in mancanza di disposizioni precise, i principi sono stati frequentemente utilizzati per supportare una tesi o una decisione, oltre che per motivare la supremazia di una regola o di norma rispetto a un'altra. E', cioè, divenuta pratica comune ricorrere all'argomentazione basata sui principi per giustificare una specifica soluzione giuridica, generalmente derivante dall'interpretazione di un testo normativo di natura legale o regolamentare che viene valutato in funzione della sua coerenza con una disposizione giuridica di livello superiore, identificata appunto come "principio".

La dottrina ha definito "principio" ogni norma che abbia carattere "**fondamentale**" e presenti una peculiare forma di "**indeterminatezza**"⁽³⁾. La prima caratteristica deriva dal fatto che i principi posseggono un "peso", ovvero un "ruolo", particolare nell'argomentazione giuridica di un caso: fungono da punto di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione delle altre norme, e assumono pertanto la funzione di norme fondamentali. La loro particolare importanza li rende elementi distintivi dell'ordinamento giuridico ovvero essenziali per delinearne la struttura assiologica. Trattare una norma come principio significa, da questo punto di vista, assumerne la superiorità — quanto meno la superiorità assiologica — rispetto ad un'altra. Relativamente al concetto di indeterminatezza, mentre parte della dottrina si è riferita all'aspetto della "vaghezza"⁽⁴⁾ di un principio, un'altra parte di diverso avviso e più condivisibile, ritenendo che qualunque norma giuridica si presentasse in modo vago, ha considerato i principi come "norme generiche" ovvero come norme che possono essere applicate in vari modi, non essendo stabilito in anticipo quali specifici effetti debbano derivare dall'applicazione di quelle norme. La caratteristica distintiva dei principi è quindi la loro genericità, e in particolare la genericità combinata con la indeterminatezza.

La Corte costituzionale, inoltre, nel differenziare le caratteristiche delle regole generali, che sono applicabili indistintamente, da quelle dei principi fondamentali ha sostenuto che questi ultimi, pur sorretti da esigenze unitarie, «*non esauriscono in sé stessi la loro operatività, ma informano, diversamente dalle regole generali, altre norme, più o meno numerose*»⁽⁵⁾. I principi, cioè, pur avendo la stessa forza delle singole regole generali condizionano la disposizione del diritto positivo e la riempiono di contenuti di tipo valoriale. I principi, dunque, arricchiscono l'ordinamento giuridico di valori etico-sociali e assicurano la protezione di interessi che diversamente non avrebbero una sistemazione adeguata all'interno di singole norme. Ed è esattamente questo il ruolo degli articoli da 1 a 12 del Codice dei Contratti, i cui principi posseggono forza espansiva in quanto presuppongono di essere applicati nella misura maggiore possibile, non tollerando interpretazioni restrittive⁽⁶⁾.

3 G. ROVELLI *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria* in Giustizia Amministrativa. F. SAITTA *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici* in Giustizia Insieme ISSN: 2974-9999.

4 G. PINO *Principi e argomentazione giuridica in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica"*, 2009, Secondo l'autore a differenza di quanto sostenuto da gran parte della letteratura giuridica, la generalità e la vaghezza non sono caratteristiche né necessarie né sufficienti per definire un principio.

5 Corte Cost. sentenza 15 luglio 2005 n. 279.

6 G. ROVELLI *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria* in Giustizia Amministrativa. G. PINO *Principi e argomentazione giuridica in "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica"*, 2009, pp. 131-158

La scelta del legislatore del 2023 non è stata, quindi, quello di utilizzare i “principi generali” dell’azione amministrativa (già ricavabili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990), quanto quella di creare una base normativa specifica per una serie di “principi imperativi” di diretta rilevanza operativa, che sostituissero in parte la struttura normativa rigida, dettagliata e talvolta contraddittoria in cui tali principi avevano finora trovato una collocazione ristretta⁷.

Il legislatore, tuttavia, riconoscendo i pericoli che talvolta si associano ad un uso scorretto dei principi generali (e in particolare alla comune sovrapposizione tra principi e regole), ha attribuito al Titolo I, Parte I del Libro I il compito di codificare quei principi con funzione ordinante e nomofilattica⁸. La funzione della nomofilachia si propone di garantire linee di interpretazione “uniformi” per preservare, nei limiti del possibile, l’unità del sistema giuridico, attraverso un’armonizzazione sostanziale della giurisprudenza⁹. In tale ottica, si intende offrire un significato concreto e operativo a regole generali altrimenti troppo flessibili oppure impiegare la norma-principio per dirimere ambiguità interpretative o per assimilare orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati come “diritto vivente.” Poiché un Codice, in quanto tale, non ha la possibilità di disciplinare in modo dettagliato ogni sfumatura della realtà, deve offrire gli strumenti e le norme, generali e concettuali, per regolarne il funzionamento, in modo che quei principi rappresentino gli «*attrezzi del mestiere per il giurista-interprete*»¹⁰. Il Consiglio di Stato evidenzia proprio come la peculiarità di un Codice sia la sua capacità di costituire un “sistema” normativo nel quale «*i principi rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti. I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all’ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (“nomoge-*

7 Sebbene la scelta di esplicitare i principi regolatori della materia all’interno di un testo legislativo sia stata criticata da chi sostiene che i principi dovrebbero emergere dalla disciplina positiva anziché precederla, questa pratica non è affatto estranea al diritto amministrativo. Lo dimostrano, ad esempio, la legge 241/90 e, più di recente, il codice del processo amministrativo, che nel libro I introduce una serie di principi generali. Il Codice dei Contratti del 2016, nonostante riportasse un titolo relativo a principi generali e disposizioni comuni, in realtà non includeva propriamente principi, ma si limitava a chiarire le disposizioni generali riguardanti l’ambito di applicazione soggettiva e oggettiva delle norme. L’unico articolo sui principi era l’art. 30 recante “Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni” che prevedeva la sola elencazione dei principi da rispettare lasciando all’interprete la valutazione del peso specifico di ciascun principio e il rapporto tra essi. L’ulteriore elemento di novità del nuovo Codice è che tali principi non sono meramente elencati come nel vecchio Codice ma sono declinati definendo in alcuni commi anche aspetti applicativi e attuativi proprio perché più che principi rappresentano obiettivi, indirizzi, criteri interpretativi e finalità da realizzare.

8 Nell’ordinamento italiano la funzione nomofilattica è prevista dall’articolo 65 della legge sull’ordinamento giudiziario italiano, Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12 secondo il quale «*La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità, del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. (...)*». La funzione nomofilattica, tradizionalmente attribuita alla Suprema Corte di Cassazione dal Regio Decreto del 1941, trova una sua eco anche nell’ambito del Consiglio di Stato. Questa connessione è indirettamente dimostrata dall’esistenza dell’articolo 99 del codice del processo amministrativo, che regola il deferimento all’Adunanza Plenaria. Quest’ultimo organo ha il compito specifico di risolvere i conflitti giurisprudenziali in materia di diritto amministrativo. In tal senso, l’Adunanza Plenaria svolge nel diritto amministrativo un ruolo assimilabile a quello delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per il diritto civile.

9 G. MONTEDORO *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici* in Giustizia Amministrativa.

10 Consiglio di stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”* – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

netica”) rispetto alle singole norme»⁽¹¹⁾. I principi, quindi, costituiscono anche punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme. La loro introduzione nel nuovo Codice va considerata una acquisizione positiva ed utile per il settore dei contratti pubblici: i principi andranno richiamati e sottolineati, tuttavia non enfattizzati, perché una inopportuna enfattizzazione potrebbe rendere arbitraria la relativa applicazione.⁽¹²⁾

2.2 Recepimento del “principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche” all’interno del nuovo Codice dei contratti, il differente posizionamento rispetto alla disciplina previgente.

È ampiamente noto come la materia dei contratti pubblici sia profondamente legata al diritto sovranazionale. La disciplina italiana, infatti, si è dovuta progressivamente adattare ai precetti contenuti nelle direttive europee ma anche la giurisprudenza comunitaria ha notevolmente influito, nel corso degli anni, sulle scelte del legislatore e dei giudici nazionali.

Nel codificare all’art. 7, tra i principi fondamentale del Codice dei Contratti Pubblici, il **“Principio di auto-organizzazione amministrativa”**, il legislatore italiano, ha ricalcato quanto disposto a livello eurounitario dal **comma 1 dell’articolo 2 della Direttiva 2014/23/UE** recependo in tal modo il **c.d. “Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche** secondo il quale *«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»*. Tale principio, che sancisce che le Pubbliche amministrazioni restino libere di scegliere e di organizzare il modo migliore per eseguire lavori o prestare servizi, è a sua volta espressione del più generale **“Principio di autonomia istituzionale”** inteso come potere, garantito dal Trattato sull’Unione Europea agli Stati membri, di scegliere l’esercizio e la disciplina del potere pubblico nonché l’organizzazione costituzionale ed amministrativa, anche nel caso in cui queste scelte riguardino l’attuazione del diritto europeo derivato⁽¹³⁾. A corollario della citata disposizione europea, il medesimo comma 1 dell’articolo 2 aggiunge inequivocabilmente che le autorità pubbliche possono scegliere di espletare i loro compiti di interesse pubblico mediante proprie risorse o di terzi, questi sottoforma di cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o conferimento ad operatori economici esterni.

L’enunciata facoltà di scelta deve essere letta anche alla luce del *considerata n. 5* della stessa Direttiva concessioni che afferma espressamente *«il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l’esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale*

11 Sentenza Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13.

12 A. PAJNO *La disciplina dei contratti pubblici dal vecchio al nuovo codice* in Commentario al Codice dei Contratti pubblici a cura di M. CLARICH, terza edizione

13 Il concetto di “autonomia istituzionale degli Stati” non trova espresso richiamo nei Trattati europei. Il termine appare nella giurisprudenza e in atti delle istituzioni europee ma è principalmente il ricavato dell’elaborazione dottrinale. Le definizioni offerte dalla dottrina non sono univoche e tendono a sottolinearne aspetti diversi tuttavia hanno come base comune il rispetto di una sfera di autonomia degli Stati membri relativa alla loro organizzazione interna e alle modalità di esercizio del potere pubblico. Per approfondimenti si veda M. LOTTINI *Indipendenza delle autorità di regolamentazione e principio di autonomia istituzionale* in Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche ISSN 2723-9195

fornitura delegandola a terzi». Le suddette amministrazioni, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico, restano pertanto liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi. Tale libertà non può, comunque, essere esercitata in modo illimitato ma nel rispetto del diritto e dei principi fondamentali dell'Unione.⁽¹⁴⁾

Dall'impostazione della citata Direttiva è possibile evincere chiaramente un rapporto di "equi-ordinazione" tra l'*in house providing* (autoproduzione o gestione diretta) e l'*outsourcing* (esternalizzazione a terzi) nell'esecuzione di lavori o per l'acquisizione di beni e servizi nonchè il riconoscimento dell'istituto della cooperazione tra amministrazioni per l'organizzazione e l'erogazione dei servizi pubblici come ulteriore aspetto della loro autonomia.

Inoltre, nell'ambito di tale quadro europeo è possibile delineare un ipotetico confine tra il "mercato" e la potestà organizzatoria delle autorità pubbliche nella quale l'ordinamento europeo garantisce loro il più ampio spazio di scelta nel cooperare per l'espletamento delle attività funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico mediante forme di partenariato orizzontale (accordi tra amministrazioni aggiudicatrici) o forme di partenariato verticale o istituzionale (affidamenti *in house*)⁽¹⁵⁾.

Il legislatore nazionale, in ossequio al citato scenario unionale, ha previsto all'art. 7, comma 1, del D.lsg 36/23 che le pubbliche amministrazioni possano organizzare autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi, nel rispetto della disciplina del Codice e del diritto dell'Unione europea, mediante uno dei tre modelli tra loro alternativi: i) auto-produzione, ii) esternalizzazione; iii) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni. Sebbene il *Principio di autorganizzazione amministrativa* si riconduca all'esaminato *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, nel diritto interno la sua portata è più ampia e generale sia perché il principio è stato esteso agli appalti e non solo alle concessioni, sia perché non fa solo riferimento ai lavori ed ai servizi ma anche all'acquisizione di beni. Inoltre, significativa appare essere la differente terminologia utilizzata: mentre l'art. 2 della Direttiva concessioni fa riferimento al concetto di "libertà", l'art. 7 del Codice fa riferimento al concetto di "auto-organizzazione" nel ricorso ai tre distinti modelli. Non sono concetti strettamente analoghi perché il primo si riferisce all' "autodeterminazione" del soggetto agente, ovvero ad una scelta senza vincoli e pertanto "libera", il secondo alle modalità di tale autodeterminazione: il potere amministrativo è, infatti, un potere vincolato nel fine e nel modo di esercizio. Quindi mentre nel diritto unionale il termine "libero" va inteso nel senso di "indifferenza" dell'ordinamento rispetto all'organizzazione, l'art. 7 più correttamente non ha ripreso il concetto europeo di "libertà" ma quello più relativo di "auto-organizzazione". Il nuovo Codice dei contratti pubblici riconosce cioè il principio di auto-organizzazione, inteso non come libertà, ma come "discrezionalità" dell'amministrazione di optare per una soluzione organizzativa più rispondente alle finalità da perseguire⁽¹⁶⁾.

Il principio di auto-organizzazione amministrativa non viene però, in ambito nazionale, affermato in modo assoluto in quanto la disposizione precisa che l'autonomia organizzativa deve essere esercitata sia nel rispetto della disciplina del Codice sia secondo quanto dispone il diritto dell'Unione Europea. Quindi, al pari del principio di accesso

14 In tal senso Ordinanza del 6 febbraio 2020, Rieco, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87 punto 37

15 E. CARUSO *Principio di libera amministrazione, in house providing e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna* in Le Regioni ISSN: 0391-7576

16 Per approfondimenti si vedano F. FIGORILLI *Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici in Nuove Autonomie* 2023. C.P. GUARINI *Il principio europolitano di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema di in house providing* in EURO-BALKAN LAW AND ECONOMICS REVIEW ISSN 2612-6583

al mercato e a differenza degli altri principi del Codice che hanno esclusivamente fondamento nazionale, l'auto-organizzazione viene qualificata espressamente dal nostro legislatore come principio del diritto europeo con la conseguenza che i giudici italiani devono interpretare questo principio anche seguendo gli orientamenti della Corte di Giustizia Europea.

Rispetto al contenuto, la disposizione nazionale relativa al principio di auto-organizzazione riprende quanto già previsto dagli articoli 5 e 192 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (precedente Codice dei Contratti Pubblici ormai abrogato) tuttavia, va osservato che l'articolo 5, che era rubricato «*Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico*», era collocato all'interno del Titolo II della Parte I dedicata ai contratti esclusi, in tutto o in parte dall'applicazione del Codice; diversamente l'articolo 7 del Codice del 2023, rubricato specificamente «*Principio di auto-organizzazione amministrativa*» è stato posizionato nel Titolo I, Parte I del Libro I, che si occupa di definire e descrivere i principi fondamentali alla base della materia dei contratti pubblici. La diversa collocazione porta a una distinta interpretazione del principio rispetto al passato: mentre nel 2016 l'intento del legislatore era quello di delineare una disciplina derogatoria del Codice per gli affidamenti di contratti relativi a lavori, servizi e forniture a favore delle società *in house* nonché per la stipula di accordi di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici ed enti concedenti, nel 2023 questa impostazione non è stata confermata. Secondo una autorevole dottrina, le differenze che si rinvergono nella formulazione del principio di auto-organizzazione rispetto alla disciplina previgente, più che limiti sostanziali, sembrano essere presidi di corretta applicazione del principio stesso facendolo apparire come una sorta di "principio recinto"⁽¹⁷⁾ avente la funzione di definire "il perimetro" entro il quale le disposizioni del Codice trovano applicazione.

L'inserimento del principio di auto-organizzazione all'interno dei generali principi codicistici consente, invece, una lettura teleologica ed estensiva della norma prefigurando, di conseguenza, margini più ampi per il ricorso all'autoproduzione che rilevano sul piano della facoltà di scelta dell'amministrazione: riproponendo l'impostazione europea, il legislatore nazionale ha di fatto collocato l'autoproduzione e l'esternalizzazione tra le modalità per organizzare per l'affidamento di un contratto pubblico piuttosto che tra gli strumenti di scelta del contraente, consentendo in tal modo alle amministrazioni di scegliere le modalità ritenute più adeguate.

La formulazione adottata dal legislatore nazionale pone, dunque, una netta distinzione tra *outsourcing* e autoproduzione per l'ultima della quale non sussistono esigenze di concorrenza, ferma restando l'osservanza del limite rappresentato dall'evitare l'elusione delle norme che sono invece destinate a garantirla⁽¹⁸⁾.

2.3 Ordinarietà dell'affidamento in house e la legittimità dell'onere motivazionale più stringente in capo alle amministrazioni: la svolta della Corte Costituzionale.

Prima dell'operazione di semplificazione avvenuta con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e con il nuovo Codice dei contratti pubblici, l'istituto dell'*in house providing* era stato ritenuto di carattere "eccezionale", con la conseguenza di una notevole disincentivazione all'uso dello stesso. Diverse sono lo state le discussioni relative all'obbligo della cosiddetta "motivazione rinforzata", previsto dal D.lgs n. 50/2016,

17 Tale definizione è stata ideata da M. RENNA, *I principi*, in S. Fantini- H. Simonetti, (a cura di) *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36), Città di Castello, 2023, 20-21.

18 F. FIGORILLI *Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici in Nuove Autonomie* 2023. C.P. GUARINI *Il principio euromunitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema di in house providing* in EURO-BALKAN LAW AND ECONOMICS REVIEW ISSN 2612-6583

considerando la stessa un ulteriore requisito rispetto a quelli già stabiliti dal quadro normativo europeo, con il fine di giustificare e legittimare l'adozione del modello di gestione *in house*¹⁹⁾.

La attuale formulazione adottata dal legislatore delinea già nell'*incipit* le linee guida da adottare per interpretare il principio e rappresenta la riaffermazione del noto orientamento espresso dalla **Corte Costituzionale, con sentenza n.100 del 27 maggio 2020**, che ha sancito la compatibilità degli affidamenti *in house* con le disposizioni previste in materia di contratti pubblici. Tale sentenza ha affrontato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Liguria con ordinanza n.886 del 15 novembre 2018, relativamente all'art. 192, comma 2, del D.lgs n. 50/2016 nella parte in cui prevedeva che le stazioni appaltanti rappresentassero, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, le ragioni del mancato ricorso al mercato, ritenendo che la disposizione, in violazione dell'art. 76 della Costituzione, eccedesse rispetto ai principi e ai criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11 del 2016. Più nello specifico, il TAR Liguria aveva reputato la norma in contrasto con il divieto di "gold plating"⁽²⁰⁾, stabilito dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016, ossia il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle Direttive europee. Secondo il rimettente TAR «*la norma sospettata d'illegittimità costituzionale avrebbe innanzitutto violato il criterio direttivo di cui alla lettera a), in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per l'attuazione della direttiva 2014/24/UE, che ammette senz'altro gli affidamenti in house ove ricorrano le tre condizioni di cui all'art. 12.*». Inoltre, sempre a giudizio del TAR Liguria «*sarebbe stato violato il criterio direttivo di cui alla menzionata lettera eee), poiché l'introduzione dell'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato non troverebbe "alcun addentellato" nel citato criterio e, soprattutto, non avrebbe nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte o con la pubblicità e la trasparenza degli affidamenti mediante l'istituzione, a cura dell'A-NAC, di un elenco di soggetti aggiudicatori di affidamenti in house.*»

Con la sentenza n. 100/2020, la Corte ne ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, ha affermato che «*la ratio del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato.*».

19 Per una sintesi si veda A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *Federalismi.it*, n. 29/2023, il quale, evidenzia come le norme precedenti all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36/2023 mostrassero, da parte del legislatore italiano, un approccio chiaramente più favorevole alla concorrenza.

20 Il divieto di *gold plating* ovvero l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee è entrato nell'ordinamento interno con l'art. 15, comma 2, lett. b) della l. n. 183/2011, che ha inserito nell'art. 14 della L. n. 246/2005, i commi 24-bis secondo il quale gli atti di recepimento di direttive comunitarie «*non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater*», il comma 24-ter che specifica quali siano questi livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti: «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» e il comma 24-quater secondo il quale l'«*amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo.*». Tale divieto è poi divenuto criterio direttivo con L. n. 11/2016, recante le deleghe al Governo che hanno portato al recepimento delle direttive comunitarie 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ed alla redazione del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Secondo i giudici costituzionali la correttezza di tale interpretazione troverebbe conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²¹, che, nell'affermare la non contrarietà della citata norma all'art. 12, paragrafo 3, della Direttiva 2014/24/UE, ha ribadito che *«dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, quel principio «li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»*⁽²²⁾.

Per supportare tale opzione restrittiva, il giudice delle leggi ha richiamato nella valutazione alcuni suoi precedenti che ha ritenuto estensibili anche al caso in esame: la **sentenza n. 325 del 2010** secondo cui tale scelta pro-concorrenziale di maggior rigore non era in contrasto *«con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un margine di apprezzamento del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato»*⁽²³⁾ nonché la **sentenza n. 46 del 2013** secondo la quale l'affidamento in regime di delegazione interorganica era una *«eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo»*⁽²⁴⁾. Sulla base di tali presupposti l'obbligo di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, imposto dall'art. 192, comma 2 del D.lgs n. 50/2016 rispondendo agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non è stato ritenuto in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016. Neppure ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, ritenendo il criterio segno di specifica attenzione all'istituto da parte del legislatore.

La Corte ha pertanto, affermato la non illegittimità costituzionale dell'obbligo motivazionale previsto dall'allora Codice dei contratti pubblici consistente nella indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, all'interno del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato in quanto *«la specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la ratio ed è coerente con il quadro normativo di riferimento»*⁽²⁵⁾. La rilevanza della citata pronuncia costituzionale, che può

21 Cfr. Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, punto 41, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita.

22 Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 100 del 27.05. 2020.

23 Corte Costituzionale sentenza n. 325 del 17.11.2010

24 Corte Costituzionale sentenza n. 46 del 20.03.2013

25 Corte Costituzionale sentenza n. 100 del 27.05. 2020.

essere considerata un pilastro giurisprudenziale, sta nell'aver avuto il merito di escludere il carattere eccezionale nel ricorso all'istituto in questione. Se da un lato veniva pienamente legittimato all'interno del nostro ordinamento un ordinario ricorso all'istituto dell'*in house providing*, allo stesso tempo veniva confermata la piena validità di un onere motivazionale supplementare rispetto al ricorso al mercato:⁽²⁶⁾ la scelta, ampiamente discrezionale, doveva rappresentare un'attenta valutazione della congruità economica dell'oggetto e del valore della prestazione contenuta nell'offerta presentata dai soggetti *in house*, analogamente a quella che vi sarebbe stata in caso di offerte presentate da operatori economici che avessero partecipato ad una gara d'appalto.

2.4 La "tendenziale" parità tra auto-produzione ed esternalizzazione.

Il parere del Consiglio di Stato sulla scorta della giurisprudenza europea.

Attraverso la decisione del legislatore di fornire una propria dimensione al principio di auto-organizzazione si è finalmente determinata maggiore chiarezza in un ambito che per lungo tempo è stato alimentato da dibattiti e da posizioni divergenti relativi, in particolare, alla facoltà delle amministrazioni appaltanti di affidare legittimamente l'esecuzione di lavori, la gestione di servizi o la fornitura di beni a società *in house*.

La scelta legislativa di porre sullo stesso piano l'autoproduzione e il ricorso al mercato implica, infatti, il superamento dell'«opzione fortemente restrittiva del d.lgs.n.50/2016, sulla quale si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria di cui all'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, poi risolti, in senso negativo, da Corte di Giustizia ord. 6 febbraio 2020, in cause riunite da C89/19 a C91/19, *Rieco S.p.a.*⁽²⁷⁾». Il legislatore ha, cioè, adottato il citato orientamento della Corte di Giustizia europea che - rispondendo in merito ai dubbi di compatibilità comunitaria sollevati anche dal nostro Consiglio di Stato⁽²⁸⁾ tramite una richiesta di rinvio pregiudiziale riguardante i margini di libertà di cui beneficiano le stazioni appaltanti nell'individuare le modalità ritenute più appropriate per stipulare contratti pubblici - ha evidenziato chiaramente come l'art 12 della Direttiva 2014/24/UE non abbia voluto «privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre⁽²⁹⁾». La giurisprudenza europea ha ribadito anche che proprio «i considerando 5 e 31, secondo comma, della direttiva 2014/24 riflettono la volontà del legislatore dell'Unione di riconoscere la libertà degli Stati membri quanto alla scelta delle modalità di prestazione di servizi con cui le amministrazioni aggiudicatrici possono provvedere alle proprie esigenze⁽³⁰⁾ (...)».

La Corte evidenzia, tuttavia, che «la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle

26 A. INDELICATO *Considerazioni in tema di in house providing alla luce della recente pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza 27 maggio 2020, n. 100)* in Amministrazione in Cammino ISSN 2038-3711. I. GENUESI *L'onere motivazionale in caso di affidamento in house alla luce della più recente normativa e giurisprudenza* in AmbienteDiritto.it - ISSN 1974 - 9562 - Anno XXIII - Fascicolo n. 1/2023

27 Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" - Relazione Illustrativa del nuovo Codice*.

28 Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2019 ordinanze nn. 293 e 296.

29

30 Così, testualmente, Corte di Giustizia, sez. V, 22 dicembre 2022, C383/21 e C384/21, *Sambre & Biesme SCRL*. Tali pronunce riportano anche puntuali richiami alla sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita, C285/18, EU:C:2019:829, ordinanze del 6 febbraio 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C11/19, EU:C:2020:88, nonché Ordinanza del 6 febbraio 2020, Rieco, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87, con cui è stata ripresa l'interpretazione dell'art. 12 par.3 della Direttiva 2014/24/UE, già contenuta nella sentenza Irgita.

merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (sentenza Irgita, punto 48)»⁽³¹⁾. Quindi, sebbene sia stata riconosciuta la libertà di scelta delle amministrazioni queste incontrano comunque il limite sostanziale dell'osservare le regole poste a tutela della concorrenza per evitare il rischio di un loro aggiramento. Questa libertà, in vero, «*implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 (sentenza Irgita, punto 44)*»⁽³²⁾ ⁽³³⁾. Tale scelta organizzativa discrezionale avviene, quindi, prima dell'indizione dell'appalto e, pertanto, la procedura è sottratta alla rigida applicazione della Direttiva 2014/24/UE in materia di gare pubbliche.

L'equi-ordinazione dei modelli di gestione esprime quindi il superamento di ogni gerarchia rigida tra le forme di autoproduzione pubblica, esternalizzazione e cooperazione, valorizzando appieno l'autonomia organizzativa della Pubblica amministrazione. L'articolo 7 dell'attuale Codice è chiaro nell'escludere che l'affidamento *in house* sia un modello subordinato rispetto al ricorso al mercato concorrenziale, tuttavia, secondo il Consiglio di Stato la scelta operata dal legislatore, che determina un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, «*pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità*»⁽³⁴⁾. La parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è, infatti, solo “tendenziale” poiché, a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede una specifica motivazione, la scelta per l'affidamento *in house* deve essere sempre motivata⁽³⁵⁾, anche se non più in modo rafforzato come nel passato.

2.5 Verso una “amministrazione di risultato”: il ritorno all’“amministrazione del fare”.

Il Consiglio di Stato ha sottolineato che il nuovo testo, codificando i principi fondamentali della materia, punta a promuovere una maggiore libertà d'iniziativa e una più spiccata auto-responsabilità delle stazioni appaltanti. L'obiettivo è valorizzarne l'autonomia e la discrezionalità, sia sul piano amministrativo sia su quello tecnico, in un ambito dove, in passato, l'applicazione di norme rigide e minuziosamente dettagliate ha spesso generato incertezze, ritardi, inefficienze. Anche in tal senso va letta l'innovativa introduzione dei principi generali nell'ambito del Codice e, in particolare, dei principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2) e dell'accesso al mercato (art. 3) definiti *super principi* in quanto criteri di interpretazione delle altre norme del Codice. Il principio del risultato possiede una duplice funzione: da un lato opera come criterio prioritario di bilanciamento con gli altri principi del Codice nell'identificazione della norma

31 Corte di Giustizia, Ordinanza 6 febbraio 2020, Rieco, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87, punto 37

32 Corte di Giustizia Ordinanza del 6 febbraio 2020, Rieco, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87 punto 33. Analogamente Corte di Giustizia, sez. V, 22 dicembre 2022, C383/21 e C384/21, Sambre & Biesme SCRL.

33 Con l'Ordinanza 6 febbraio 2020, Rieco, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87 la Corte di Giustizia evidenzia inoltre, che, «*così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1 (sentenza Irgita, punto 46)*» punto 35. Mentre al punto 42 chiarisce che: «*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna*».

34 Cfr. Consiglio di stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

35 Consiglio di stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

Consiglio di Stato, sez. V, 14 gennaio 2019 ordinanze nn. 293 e 296.

applicabile al caso concreto; dall'altro, insieme con quello della fiducia, agisce quale criterio interpretativo delle varie disposizioni contenute nel Codice.⁽³⁶⁾ Lo scopo del legislatore è stato quello di ampliare e incentivare le capacità di valutazione e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti, all'interno di un contesto caratterizzato da una rinnovata fiducia nell'operato dell'amministrazione, al fine di contrastare il fenomeno della cosiddetta "burocrazia difensiva". Con tale definizione, con la quale si immagina un dipendente che ha "timore di firmare", si fa riferimento alla condizione in cui i funzionari, trattenuti dalla paura delle possibili ripercussioni delle loro azioni, preferiscono evitare di agire. Tale immobilismo determina ritardi o inefficienze e compromette il buon andamento dell'azione amministrativa rappresentando un ostacolo al rilancio economico, che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. L'introduzione del principio della fiducia⁽³⁷⁾ non comporta «una fiducia unilaterale o incondizionata» verso le pubbliche amministrazioni perché, in coerenza con molti istituti del codice, anche di derivazione europea (come il soccorso istruttorio e il c.d. *self-cleaning*) da un lato si tratta di una fiducia "reciproca", che investe anche gli operatori economici e dall'altro è comunque legata ai concetti di legalità, trasparenza e correttezza e, pertanto, rappresenta una versione evoluta del principio di presunzione della legittimità dell'azione amministrativa⁽³⁸⁾. La codificazione del principio costituisce una «svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul "sospetto") per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento»⁽³⁹⁾. La formulazione contenuta all'art. 7 si ricollega ai principi della fiducia e del risultato che, insieme al principio di accesso al mercato, costituiscono i principi cardine del Codice dei Contratti pubblici e orientano l'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione. Tali principi, in coerenza con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale, secondo il Consiglio di Stato possono rilanciare il concetto di «"amministrazione del fare", per troppo tempo sacrificata in base a visioni nazionali prive di fondamento unionale, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "far fare agli altri"»⁽⁴⁰⁾. Il Consiglio richiama la nota **pronuncia n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale**, divenuta pietra miliare del diritto italiano, nella quale viene rappresentata proprio la possibilità di costruire un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico, ma che, poggiando sui principi costituzionali dell'art. 2 e dell'art. 118 u.c., dà vita ad

36 Consiglio di Stato Sez III 4 giugno 2024 n. 4996 che richiama Cons. Stato, Sez. V n. 1924/2024 secondo il quale «anche se il "principio del risultato" è stato reso solo di recente esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici del 2023, tale principio era già "immanente" al sistema della c.d. amministrazione di risultato (...)». Ciò comporterebbe l'importante conseguenza che «il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023».

37 Consiglio di stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

38 M. CAPPELLANO *Il principio della fiducia e l'istituto del soccorso istruttorio nel nuovo codice dei contratti pubblici* in Giustizia Amministrativa 2024. E. QUADRI *Il principio della fiducia alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle prime applicazioni della giurisprudenza* in Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione ISSN 0391-190X ISSN n. 1972-494.

39 Consiglio di stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

40 Consiglio di stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" – Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

«un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato». Tale diverso, e altrettanto legittimo, modello che «si basa sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private (...) secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico»⁽⁴¹⁾ può non rappresentare una eccezione, ma una soluzione ordinaria nella costruzione dei rapporti tra il pubblico ed il privato. Un sistema, dunque, non basato sulla concorrenza ma sulla solidarietà, assai diverso e lontano da quello delle regole del profitto, del mercato e della gara, e in cui si inverte la tendenza che aveva portato, in passato, ad abbandonare quel modello di amministrazione che faceva direttamente le cose e sapeva svolgere attività di interesse collettivo, quando cioè si era passati da quella che era considerata una “amministrazione del fare” ad un’amministrazione che invece “fa fare agli altri” nel senso di amministrazione che adotta quei provvedimenti che consentono agli altri “di fare”, tuttavia a scapito del contatto diretto con le cose da fare. Con il modello delineato nel nuovo Codice si può, invece, tornare “all’amministrazione del fare”, a vantaggio cioè delle cose che si fanno senza disperdersi nelle varie fasi preliminari e nei controlli successivi. A conferma della necessità di cambiare l'impostazione passata, dopo la portata innovativa della sentenza n. 131/2020, sono poi intervenute una serie di provvedimenti a carattere “chiarificatore”, che hanno dimostrato proprio la possibilità di praticare percorsi alternativi di amministrazione, come ad esempio quelli connessi alla attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) varato in risposta alla devastante pandemia, su scala mondiale, da Covid-19 ed al conseguente *lockdown*. Secondo il modello PNRR, in una logica di “*performance*”, di “appropriatezza” del risultato da raggiungere e di massimizzazione dell'efficienza, vengono lasciati più ampi spazi di discrezionalità all'amministrazione che agisce sulla base della combinazione di più elementi quali la dimensione organizzativa, la funzione⁽⁴²⁾ dell'amministrazione stessa nonché la sostenibilità dell'obiettivo⁽⁴³⁾. Lungo le direttrici di tale percorso, anche il principio di auto-organizzazione come codificato nell'attuale Codice dei contratti pubblici, rappresenta un modo nuovo di “fare amministrazione” che si fonda sul c.d. “*principio di autonomia organizzativa*”⁽⁴⁴⁾ stabilito dall'art. 97 della Costituzione. La disposizione prevede che l'organizzazione degli uffici pubblici sia tale da assicurare il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell'azione amministrativa e che all'interno degli stessi siano determinati i compiti e le responsabilità dei funzionari. Più nello specifico, la disposizione sancisce espressamente che l'organizzazione dei pubblici uffici, nelle sue linee fondamentali, resti affidata alla massima espressione della politica ovvero alla legge⁽⁴⁵⁾ che non disciplinerà direttamente l'intera organizzazione ma, in coerenza con la natura relativa propria della riserva di legge ivi prevista, porrà le regole idonee ad assicurare il “buon andamento” e l’“imparzialità” dell'amministrazione demandando la specificazione tecnica ad atti secondari. Non sarà, quindi, necessario che ogni minimo dettaglio sia disciplinato dalle previ-

41 Cfr. Corte costituzionale sentenza n. 131 del 2020 relativa al rapporto tra soggetti pubblici e privato sociale nell'ambito della disciplina del Terzo settore.

42 Sul concetto di funzione intesa come momento volto al formarsi della decisione sulla base della indagine compiuta si veda A. CARBONE *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa* in *Federalismi.it*

43 L. GIANI *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti* in *Nuove Autonomie* n. 3/2021 - ISSN 1122-228x

44 In vero non esiste una unica disciplina specifica del principio di autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni ma la sua declinazione si articola attraverso un sistema di fonti che spaziano dalla Costituzione alle leggi generali sul procedimento e ai codici di settore.

45 B.G. MATTARELLA in atti del Convegno ANCI *Il TUEL che vorremmo: appunti per una riforma Roma, 26 febbraio 2024*, a proposito dell'attuazione della riserva di legge contenuta nell'art. 97 della Costituzione, ha auspicato per gli enti locali una regolamentazione dell'organizzazione dei pubblici uffici attraverso una legge, statale o regionale, strutturata il più possibile su principi cioè poche previsioni fondamentali e generali in materia di organizzazione amministrativa che si applichino a tutti e che siano tali da regolare la procedura e le competenze all'interno di tali pubbliche amministrazioni.

sioni di legge che, invece, dovranno garantire l' "imparzialità", intesa non nel senso di "uguaglianza di trattamento" ma di "terziarietà" dell'azione amministrativa, e il "buon andamento" nel senso di "efficacia" ovvero di capacità dell'Amministrazione di realizzare "i suoi fini e di farlo bene. Efficienza, efficacia e terziarietà sono, quindi, concetti cardine dell'organizzazione e potranno essere assicurati mediante la regolamentazione degli aspetti tecnici migliori necessari al loro raggiungimento⁽⁴⁶⁾.

Il principio di autonomia organizzativa comporta il potere delle pubbliche amministrazioni di decidere non solo come organizzare i propri uffici ma anche se esternalizzare servizi mediante contratti o partecipazioni societarie. Il principio può essere, quindi, considerato declinato anche all'interno del nuovo Codice dei contratti che, in tale settore, valorizza la figura "soggettiva" del funzionario pubblico. Questo viene reso protagonista di una nuova concezione di "Amministrazione di risultato"⁽⁴⁷⁾ intesa come quella amministrazione che orienta la propria azione verso la *performance*, l'efficacia e il raggiungimento del risultato finale dell'azione, e in cui il funzionario non è soltanto considerato il soggetto fisico "agente" ma è titolare dell'autonomia organizzativa e del relativo potere organizzativo singolare, sulla base della relazione di "servizio" che lo lega all'Ente a cui risponde con la propria competenza e la propria "responsabilità". Ciò è quanto emerge dalla disciplina del principio della "fiducia", contenuto all'art. 2 del Codice, laddove interpretato unitamente all'art. 7 comma 1. La codificazione della "fiducia" verso l'azione amministrativa si pone in aperta rottura con la gestione burocratica eccessivamente vincolata del passato e valorizza la scelta organizzativa e contrattuale del funzionario che diviene legittima se idonea a raggiungere il "risultato" concreto richiesto dalla norma garantendo in tal modo il buon andamento dell'azione amministrativa e l'attuazione del fondamentale principio di legalità⁽⁴⁸⁾. A tali fini il principio di risultato, non a caso disciplinato dall'art. 1 del Codice, nella impostazione del legislatore diventa il "criterio guida" della azione amministrativa ispirandone la necessaria discrezionalità. Sulla base di tali presupposti il principio di risultato potrà in concreto rappresentare anche il mezzo che consentirà in futuro di passare da una forma di "burocrazia difensiva" ad un'amministrazione dinamica, dove l'efficacia del servizio reso al cittadino è il metro di misura della validità giuridica dell'azione amministrativa⁽⁴⁹⁾. Ad oggi tuttavia bisogna constatare che la portata innovativa di tali principi non ha dato i risultati sperati: essi, infatti, se da un lato orientano il raggiungimento dell'interesse pubblico generale mediante la previsione di maggiore autonomia dell'azione amministrativa dalla regola e, più in generale, dal formalismo di vincoli e procedure, dall'altro lato questa stessa impostazione comporta come conseguenza paradossale una sorta di

46 Corte cost. 23 marzo 2007, n. 103 secondo la quale «le recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione ... hanno disegnato un nuovo modulo di azione che misura il rispetto del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire». In tale senso anche Corte cost. 11 giugno 2001, n. 189

47 Già con la sentenza TAR Piemonte, Sez. I, n. 2727/2010 l'amministrazione di risultato era stato oggetto di apposite riflessioni, ripercorrendone le origini e contrapponendola all'amministrazione per atti. Si vedano anche TAR Campania, Napoli Sez. V, n. 7428/2006 in cui l'amministrazione di risultato riceveva una ricostruzione interessante nell'ottica comportamentale dei rapporti tra enti pubblici destinati di operare tra loro esclusivamente in vista del conseguimento della «soluzione dei problemi e non a litigare davanti al giudice» e Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5938/2008 secondo la quale al «concetto di amministrazione di risultato (...) va riconosciuto il merito di avere disegnato una nuova frontiera dell'amministrare e della funzione giurisdizionale»

48 Per una disamina di tale concetto si veda M. R. SPASIANO *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere* in Fedelismi.it.

49 Sul piano dei principi, se è vero che quelli codificati all'interno del Codice dei Contratti pubblici sono stati tratti dal sistema costituzionale e dal diritto amministrativo (l. n. 241 del 1990) va anche sottolineato che la novità assoluta di tale testo è di avere reso esplicito nel settore dei contratti pubblici il "risultato" che in precedenza era nascosto fra le maglie dei generali principi della attività della Pubblica amministrazione. E. TEDESCHI *Organizzazione, autonomia e funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione. Riflessioni a margine del T.U.S.P.P. e del Codice dei contratti pubblici*. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo - www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821.

“dequotazione” degli stessi auto-vincoli che l’amministrazione stessa si pone: nel momento in cui interpreta tali regole in modo flessibile potrebbe compromettere la sua stessa autonoma capacità decisionale⁽⁵⁰⁾. Tale flessibilità, riconosciuta dal principio della fiducia e che incontra comunque un limite invalicabile nella legalità sostanziale, non equivale cioè sempre a un effettivo rafforzamento della capacità decisionale dell’amministrazione che andrebbe, invece, perseguita mediante l’adozione di altre misure volte, ad esempio, a valorizzare le competenze tecniche interne mediante la formazione o a ridurre le cause di incertezza giuridica dovute a non sempre univoche posizioni giurisprudenziali. In tal senso, quindi, l’applicazione dei principi non starebbe rafforzando l’autonomia reale dei funzionari: sebbene i principi garantiscano una maggiore libertà dalle forme rigide, non proteggono i dipendenti pubblici dal rischio di controlli e contenziosi successivi.

3. La governance delle società *in house* e la giustificazione della scelta.

3.1 Caratteristiche delle società *in house* e il perimetro del controllo analogo secondo la giurisprudenza.

Come abbiamo ampiamente argomentato, il diritto europeo, in ossequio all’autonomia organizzativa degli Stati membri, non ha mai formalmente imposto alle amministrazioni soluzioni di esternalizzazione o il necessario ricorso ad operatori economici ma ha riconosciuto la libertà dei poteri pubblici di decidere se erogare direttamente prestazioni di servizi a favore di utenti mediante proprie strutture organizzative. Tale meccanismo deve però essere strutturato in maniera tale da evitare una compromissione dei principi alla base del funzionamento del mercato, ed in particolare delle regole concorrenziali che richiedono che venga garantita la parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. Proprio la necessaria osservanza di tali presupposti è alla base della previsione di determinate condizioni legittimanti sia per l’attribuzione diretta di una determinata gestione a soggetti interni alla compagine organizzativa dell’autorità pubblica sia per la conclusione di contratti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici. Per lungo tempo, in assenza di una normativa specifica, i tratti essenziali e il regime applicabile alle società *in house* sono stati individuati dalla giurisprudenza, specie sovranazionale. Celebre è la **sentenza Teckal, Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, C – 107/98** che al punto 50 ha sancito «*il principio secondo cui la disciplina degli appalti pubblici non si applica quando ricorre lo schema della società in house e dunque non si applica nei rapporti fra amministrazioni aggiudicatrici, o comunque nei rapporti contrattuali in cui l’affidatario pur assumendo la veste di soggetto giuridico distinto rispetto all’ente, non sia esterno alla struttura*». Più precisamente non vi sarebbe appalto, soggetto alle regole dell’evidenza pubblica poste dalle Direttive europee «*nel caso in cui l’ente [pubblico] eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano*». I due concetti – del “controllo analogo” e della “attività prevalente” – non sono stati definiti in modo analitico nella sentenza Teckal e, pertanto, sono stati recepiti in modo diverso negli ordinamenti dei vari Stati membri⁽⁵¹⁾.

50 E. D’ALTERIO “I principi generali nella disciplina dei contratti pubblici” in Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni - N. 2/2025

51 M. LIBERTINI Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria in Fedalismi.it

Da qui, pertanto, una lunga serie di interventi successivi della Corte di Giustizia⁽⁵²⁾, tutti funzionali a chiarire la portata degli affidamenti *in house*.

Una più compiuta disciplina dell'istituto si è avuta solo nel 2014 per effetto dell'approvazione delle più recenti Direttive europee in materia la cui novità più importante, rispetto alle Direttive fino ad allora vigenti, è data proprio dal riconoscimento dell'*in house providing* nonostante l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria. L'istituto diviene, infatti, compatibile con forme di partecipazione di capitali privati «che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati» e che non si traducano in «un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

All'interno dell'art. 12 della Direttiva appalti 2014/24/UE sono state definite le condizioni per il legittimo affidamento *in house*⁽⁵³⁾. Tali criteri sono stati recepiti a livello nazionale nel corpo del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 - *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* – in particolare dall'art. 16 e possono così riassumersi:

- a) deve essere esercitato sulla società *in house* un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte di una o più amministrazioni⁽⁵⁴⁾;
- b) l'80% della produzione della società *in house* deve essere diretta a realizzare l'esigenza della amministrazione o delle amministrazioni controllanti;
- c) la partecipazione di capitali privati deve esser minoritaria ed in ogni caso non implicante poteri di veto o di controllo⁽⁵⁵⁾.

Il requisito del “controllo analogo”, che ricorre allorché una pubblica amministra-

52 Da segnalare la sentenza CGCE, 11.01.2005, C-26/03, *Stadt Halle*, con la quale la Corte aveva stabilito che il “controllo analogo” è qualcosa di più del controllo societario tipico (cioè della “influenza dominante” che un socio può esercitare sulla società) da cui deriva l'incompatibilità della figura del “controllo analogo” con la presenza di un socio privato nella società. Vi si legge infatti che «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi».

53 Va evidenziato che all' art. 12 della Direttiva UE 2014/24 corrispondono gli identici art. 17 della direttiva UE 2014/23 e art. 28 della direttiva UE 2014/25 che, nei rispettivi settori, stabiliscono i noti criteri affinché l'amministrazione possa legittimamente fare ricorso all'autoproduzione. Questi sono: a) che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) che oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

54 Dal punto di vista tipologico la società *in house* costituisce un istituto poliedrico, in quanto può presentare diverse fattispecie: si è in presenza di *in house a cascata* quando l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su una società che a sua volta controlla il soggetto affidatario del servizio. Si configura, invece, in *house orizzontale* qualora due società sono controllate dallo stesso ente, sebbene tra di esse non sussista alcun collegamento, e una di esse affida il servizio all'altra. Sussiste *in house verticale (o capovolta)*, quando la società procede ad affidamento diretto senza gara nei confronti dell'ente controllante. In ultimo, l'*in house frammentato o frazionato*, si ha nel caso in cui diverse amministrazioni affidano il servizio ad un unico soggetto ed esercitano congiuntamente sullo stesso affidatario il controllo analogo, seppur in quote o modalità frammentate. Si veda sul punto Consiglio di Stato, Sez. I, 26 giugno 2018, parere n. 1645.

55 Come abbiamo già accennato prima delle direttive europee del 2014 sui contratti pubblici, secondo la giurisprudenza comunitaria la sussistenza del requisito del controllo analogo richiedeva la partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione, anche minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società escludeva, infatti, la possibilità per l'Amministrazione di esercitare un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi. Si veda sul punto *Stadt Halle* Corte Giust., Sez. I, sentenza 11 gennaio 2005, C-26/03 e anche CGUE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname, in Eur-Lex; CGUE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, *Je.Au.*, in Eur-Lex. Il cambio di passo della giurisprudenza si è avuto con le due sentenze CGCE, 19.04.2007, C-295/05, *TRAGSA* e CGCE, 18.12.2007, C-220/06, *Correos*, attraverso le quali i due fondamentali concetti su cui si reggeva la ricostruzione precedente, a cominciare dalla sentenza *Teckal*, vengono meno: il dominio totalitario di una amministrazione pubblica sull'organizzazione d'impresa e la destinazione esclusiva, o largamente prevalente, della sua attività allo svolgimento di compiti di autoproduzione. M. LIBERTINI *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria* in Fedalismi.it

zione esercita su un ente societario un controllo equiparabile a quello esercitato sui propri uffici, dispiegando un'influenza determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni significative della società controllata, caratterizza la società *in house* come una *longa manus*⁽⁵⁶⁾ delle amministrazioni pubbliche socie. Il controllo analogo è un controllo da esercitare sia a livello strutturale che a livello dell'attività svolta e che esclude in capo alla società una natura imprenditoriale autonoma. Da qui, a corollario, la previsione del requisito dell'attività prevalente per cui vi deve essere necessariamente un'identità tra gli interessi perseguiti dai soci (congiuntamente nel caso vi sia la pluripartecipazione) e il *core business* del soggetto *in house*⁽⁵⁷⁾. In tal modo la società *in house* non viola il principio della concorrenza e, dunque, dell'evidenza pubblica, poiché non si versa in una situazione di esternalizzazione del servizio o cd. *outsourcing*⁽⁵⁸⁾.

In materia di controllo analogo con la recente **sentenza n. 18623/2024 le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione**⁽⁵⁹⁾ hanno specificato che il requisito del cd. "controllo analogo congiunto" per le società *in house* – secondo la definizione contenuta all'art. 2, comma 1, lett. d)⁽⁶⁰⁾ del d.lgs. n. 175 del 2016 – implica la necessaria previsione, all'interno dello statuto, di strumenti idonei ad assicurare che ciascun ente partecipante, insieme agli altri, sia in grado di controllare l'attività della società *in house*. Più nello specifico la vicenda prendeva le mosse da un ricorso proposto da una società concessionaria della gestione del servizio idrico integrato avverso le delibere dell'ente di governo dell'Ambito Territoriale Ottimale che avevano definito il Piano di ambito e adottato un modello di gestione *in house*. Venivano argomentate diverse censure la prima delle quali era relativa alla considerazione secondo la quale l'affidamento *in house* rappresenterebbe un modello di maggior favore e in contrasto con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione tra operatori economici perché consentirebbe solo a tale tipo di società, a differenza degli operatori economici terzi, di non distribuire utili ai soci e di garantire i livelli occupazionali. Sul piano della motivazione veniva rilevato che la comparazione tra i diversi modelli gestionali sarebbe dovuta avvenire per *par condicio*, sulla base di criteri univoci tali da neutralizzare eventuali benefici. Le Sezioni Unite ribadiscono, invece, che le caratteristiche del modello *in house* non contrastano con il principio di concorrenza: «*la società, infatti, anche se dotata di autonoma personalità giuridica, è equiparabile ad una specie di "articolazione interna" dell'ente pubblico che l'ha costituita, ovvero ad una sorta di longa manus*⁽⁶¹⁾; il rapporto di alterità tra ente e società è, in effetti, solo di tipo formale» con la conseguente necessità di rispettare i principi che informano la correttezza e la legittimità dell'attività amministrativa, in vista della tutela del peculiare interesse pubblico a cui è preposta. La

56 Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 439 del 2008, che sottolinea anche come la Corte di giustizia europea ha riconosciuto il potere delle autorità pubbliche di produrre lavori, beni o servizi mediante soggetti legati ad esse da una "relazione interorganica" (*ex multis* sentenza Stand Halle 11 gennaio 2005 in causa c-26/03)

57 Sulla definizione delle condizioni per il legittimo affidamento *in house* si veda anche Cass. S.U. 13 settembre 2018 n. 22409

58 In tal senso ANAC - Vademecum per le società *in house* nel nuovo codice degli appalti e nel testo unico delle società pubbliche del 27.05.2022.

59 Corte di Cassazione, SS.UU. n. 18623 del 8/7/2024

60 Art. 2, comma 1, lett. d) «"controllo analogo congiunto": la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (...)»

61 Va segnalata la sussistenza di una posizione giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 30.10.2025 n.8415) che, secondo un approccio ermeneutico avallato anche dalla dottrina, si contrappone all'individuazione di una società *in house* identificabile come articolazione interna dell'amministrazione da cui promana e pertanto priva di potere decisionale suo proprio. Il Consiglio di Stato ha infatti anche precisato che «*la società in house, pur costituendo una longa manus dell'amministrazione controllante sul piano organizzativo, è una vera e propria società di natura privata dotata di una sua autonoma soggettività giuridica rispetto all'ente pubblico socio*» con conseguente assoggettamento alle regole di diritto comune in campo societario. Posto tale carattere privatistico, la società *in house* potrà essere considerata ente pubblico solo in quei settori in cui vi sia una norma espressa ed eccezionale di equiparazione ai soggetti pubblici.

comparazione, per essere effettivamente tale, non può non tenere conto delle caratteristiche di tutti i modelli. Inoltre, relativamente al requisito del controllo analogo che la ricorrente aveva ritenuto insussistente in quanto la società incaricata della gestione non era direttamente partecipata da tutti i Comuni dell'ambito territoriale, la Corte rilevava l'infondatezza della censura in quanto non solo lo statuto della società *in house* prevedeva la partecipazione degli enti locali interessati, sia in forma diretta che indiretta ma anche l'estensione progressiva della partecipazione dei Comuni, precisando che in tale fattispecie venisse in rilievo il c.d. "controllo analogo congiunto" ex art. 2 comma 1 del d.lgs n.175/2016 lett. d). Tale forma di controllo di più enti «*non implica che debba essere anche necessariamente "paritario", essendo sufficiente che risulti nello Statuto la presenza di strumenti idonei ad assicurare che ciascuna P.A. controllante, assieme alle altre, sia in grado di controllare l'attività del soggetto controllato (si veda, a titolo esemplificativo, Corte di Giustizia UE, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11, la quale ha precisato che, nel caso in cui le amministrazioni pubbliche detengano congiuntamente un soggetto in house cui affidano l'adempimento di una delle proprie missioni di servizio pubblico, il requisito strutturale del controllo analogo può ritenersi sussistente anche in caso di controllo congiunto, a condizione che ciascuno degli enti pubblici affidanti abbia di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni rilevanti del soggetto strumentale, possibilità del resto assicurata dalle dinamiche di funzionamento degli organi consortili)*». Questa possibilità è connaturale agli ambiti territoriali in cui vi sono più enti che concorrono all'incidenza sull'assetto societario. In tali casi il controllo analogo congiunto, indipendentemente dalla quota di partecipazione propria di ciascun ente locale, può essere raggiunto anche attraverso la costituzione, con apposita convenzione ex art. 30 TUEL, di un ufficio comune preposto alla consultazione e al coordinamento degli enti locali coinvolti ai fini dell'approvazione degli atti fondamentali della vita sociale. In base a tale pronuncia è possibile rilevare un consolidamento dei principi fissati per l'*in house providing*.

Sempre in tema di controllo analogo congiunto delle società *in house* a partecipazione plurima anche la **sentenza n. 416/2025** del Consiglio di Stato⁽⁶²⁾, che ha colto l'occasione per fare il punto sui requisiti legittimanti la sussistenza di un ente *in house* e del conseguente affidamento. Il Consiglio precisa che «*affinché il requisito del controllo analogo in caso di società in house pluripartecipata sia soddisfatto, occorre che le Amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possano comunque esercitare il controllo analogo in modo congiunto e che: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, siano formati tra soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti; b) i soci pubblici siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato, secondo le regole generali elaborate con riguardo all'*in house providing* tradizionale sin dalla sentenza della Corte di Giustizia Teckal; c) l'organismo controllato non persegua interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti*». Dai citati requisiti emergono rilevanti deroghe per il funzionamento delle società *in house* «*tali da assicurare ai soci pubblici, collettivamente considerati, un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di condizionamento sull'operato del management in grado di conformare l'azione di quest'ultimo agli interessi pubblici di cui il singolo ente pubblico partecipante è portatore*». Un controllo che non comporta un potere "individuale" di ciascuna amministrazione sull'ente *in house* bensì che ciascuna autorità partecipi effettivamente sia al capitale che agli organi direttivi della società. La sentenza, quindi, sottolinea che non basta che l'ente pubblico partecipi al capitale

62 Consiglio di Stato, IV sezione, sentenza n. 416 del 21/1/2025

sociale ma affinché il controllo analogo sia effettivo, è necessario dimostrare, attraverso statuti o patti parasociali, che esiste un reale potere di condizionamento e che tutti i soci pubblici, anche di minoranza, abbiano voce in capitolo nella *governance* dell'ente. Rilevante è, inoltre, l'**ordinanza sez. VII, 2 aprile 2026, n. 2726 del Consiglio di Stato** la quale, considerando che un nuovo affidamento *in house* disposto da una amministrazione⁶³ verso lo stesso soggetto non costituisca una mera reiterazione dell'atto precedente, ma un autonomo provvedimento adottato all'esito di una nuova istruttoria e, pertanto, integralmente sindacabile, coglie l'occasione per ritornare sulla sussistenza dei requisiti dell'*in house providing* che le amministrazioni sono tenute a verificare nuovamente nel momento in cui esercitano il loro potere di scelta che si basa sull'attuale configurazione dell'ente affidatario e della modalità operativa.⁶⁴ Con tale ordinanza il Consiglio, ai fini della verifica dell'effettività del controllo analogo congiunto, ha rilevato alcuni profili di potenziale incompatibilità con il diritto europeo rappresentati sia dalla "pulviscolarità" della partecipazione nell'ambito dell' *in house* frazionato (118 enti di provenienza eterogenea⁶⁵), che comporta la riduzione del peso decisionale di ciascun ente ad una porzione minima, sia dalla possibile posizione di preminenza di alcuni soggetti partecipanti. Nel dubbio che i citati requisiti fossero stati tali da non soddisfare il requisito dell'influenza determinante effettiva sulle decisioni strategiche, a causa anche dell'assenza di poteri di veto e della contemporanea preminenza decisionale dei Ministeri controllanti, il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia, le questioni relative alla compatibilità con il diritto dell'Unione (artt. 49 e 56 TFUE; art. 12 Dir. 2014/24/UE) del modello di affidamento diretto all'ente *house* ed in particolare se i modelli di *governance* adottati fossero compatibili con i principi elaborati dalla giurisprudenza eurolunitaria in materia di *in house providing*, a partire dalla sentenza *Teckal* (C-107/98) fino agli sviluppi successivi, tra cui la sentenza *Econord* (C-182/11).

Inoltre, sotto il profilo dell'attività prevalente disciplinata dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e secondo cui oltre l'80% dell'attività dell'organismo affidatario deve essere svolta in favore delle amministrazioni controllanti, il Consiglio ha rimesso alla Corte, la questione sulla legittimità di una partecipazione agli organi consortili meramente formale e priva di una rappresentanza reale per la platea dei soci di minoranza. In particolare, il Collegio ha chiesto se possano essere computati, ai fini del raggiungimento della soglia dell'80%, anche i ricavi derivanti da rapporti contrattuali con soggetti terzi, stipulati senza un diretto affidamento da parte delle amministrazioni controllanti, ma comunque riconducibili alla funzione istituzionale dell'ente (es. Commissione UE) all'esito di procedure competitive, qualora il Consorzio operi in autonomia e in concorrenza con gli operatori del mercato.

L'ordinanza rileva alcuni aspetti che hanno legittimato fino ad oggi un'interpretazione estensiva di questi requisiti per chiedere, se non sia più corretta invece un'interpretazione più letterale, formale e restrittiva; anzi la rimessione sembrerebbe quasi sia volta ad ottenere una indicazione esplicita, circa la possibilità di un controllo analogo congiunto in una società multipartecipata. La Corte di Giustizia ad oggi non è ancora espressa

63 Si trattava dell'affidamento diretto di servizi informativi ad un Consorzio da parte dell'Università

64 Già con la sentenza 9452 del 2 novembre 2023 il Consiglio di Stato aveva privilegiato una lettura sostanzialistica del controllo analogo nel senso che lo stesso comporti necessariamente «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia» e pertanto, aveva concluso fosse necessario verificare in concreto se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo strumento partecipativo, sussista effettivamente un potere di controllo.

65 Il Consorzio è, infatti, cresciuto di anno in anno e alla data dell'ordinanza risultava costituito da 70 Atenei, 13 enti nazionali di ricerca, 9 Aziende Ospedaliere, 19 Istituzioni e altri enti di varia natura, oltre il Ministero dell'Istruzione e del Merito e il Ministero dell'Università e della ricerca.

in merito alle questioni sollevate, ma certamente la sua posizione potrebbe cogliere l'occasione per chiarire o modificare alcuni principi espressi con la sentenza Teckal e qualora fosse in senso restrittivo avrebbe l'effetto di determinare come conseguenza un freno all'uso dell'*in house*.

Il requisito del controllo analogo che fa assumere alla società *in house* le sembianze di una *longa manus* dell'ente che l'ha costituita, pone inoltre il problema del regime di responsabilità amministrativa-contabile degli amministratori di tali società⁶⁶. Con l'art. 12 - Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate - del D.lsg 175/2016 viene dettata una precisa definizione del regime di responsabilità degli organi di amministrazione e controllo e dei dipendenti delle società partecipate. Tale norma afferma testualmente che «1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.». Con tale disposizione si crea una dicotomia tra il regime di responsabilità conseguente al danno arrecato al patrimonio della società per il quale vengono in rilievo le norme di diritto civile e la competenza del giudice ordinario, e il regime del danno erariale causato dagli amministratori della società in house, per il quale appare essere competente la Corte dei Conti. Recentemente, le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione**, con **ordinanza n. 567/2024**⁶⁷, su atto propulsivo della Procura contabile, hanno colto l'occasione per ritornare a delineare il perimetro del requisito del "controllo analogo" rilevante a fini contabili. Secondo tali giudici, in tema di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici, sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti solo qualora la società possenga contemporaneamente tutti i requisiti per essere definita *in house* e ciò risulti da precise disposizioni statutarie. La Corte ha valorizzato l'assenza di capitali privati e il divieto statutario di ingresso a terzi che di fatto, hanno blindato la natura *in-house* della società e, di conseguenza, hanno radicato la giurisdizione del giudice contabile per il danno erariale.

La Corte motiva la sussistenza del requisito del controllo analogo nel caso in questione, e quindi della giurisdizione contabile, sulla base della considerazione che si è avuta «una progressiva specificazione della nozione, nel senso di una sua non assoluta e perfetta coincidenza o sovrapposizione (a partire da un dato anche lessicale, posto che «analogo» non è sinonimo di «identico») con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una più marcata sua identificazione nella fattispecie di influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società.». In particolare, non può essere accolta una nozione di controllo analogo "assoluto" tale da ridurre la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico da cui promana, assolutamente priva di autonomia e sottoposta allo stesso potere gerarchico che l'amministrazione esercita sui propri uffici dipendenti. Una tale interpretazione apparirebbe in contrasto con i principi di autonomia patrimoniale e di attribuzione della personalità giuridica che il codice civile riconosce alla società di ca-

66

67 Cassazione civile Sez. Unite ordinanza n. 567 del 8 gennaio 2024

pitali, si tratta quindi di un controllo non uguale ma “simile” a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente. Fermo restando, quindi, il carattere istituzionalmente servente della società *in house* quale articolazione della P.A., si tratta di compiere un bilanciamento con la natura di soggetto giuridico esterno ed autonomo dalla stessa. A giudizio della Corte quindi «*il punto di equilibrio - rilevabile nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società - va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello ordinario e che, dall'altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riproduttiva dei modelli di comando interni alla P.A. (il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società)*». Deve trattarsi cioè di un controllo inteso come un'influenza determinante dell'ente sulle linee strategiche e le decisioni fondamentali della società in house, incidendo sulla sua governance, in modo da preservare le finalità pubbliche che permeano tale tipo di ente. Il rilievo di tale ordinanza sta nel fatto che la Corte di Cassazione, nell'individuare la giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla condanna per danno erariale cagionato dall'amministratore della società *in house*, ha provato a fare chiarezza sulla dibattuta questione dei confini tra la giurisdizione contabile e quella civile per le società partecipate da enti pubblici. Inoltre, la Cassazione ha precisato che in ordine alle questioni di giurisdizione le S.U. sono anche giudice del fatto e quindi, possono e devono esaminare l'atto negoziale dal quale discende la determinazione della competenza giurisdizionale. In applicazione di detto principio, al fine di verificare la sussistenza del requisito necessario per la configurazione di una società *in house*, sottoposta a controllo analogo a quello sui servizi di diretta gestione dell'ente pubblico, la Corte di cassazione ha riesaminato lo statuto della società in questione - già oggetto del precedente apprezzamento della Corte dei conti - rilevando che l'ente pubblico partecipante aveva il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società, di decidere le strategie aziendali relative alle operazioni necessarie o utili al raggiungimento dell'oggetto sociale, nonché specifici poteri di ingerenza nella pianificazione, programmazione e controllo dell'attività aziendale, concludendo così per la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile⁽⁶⁸⁾.

3.2 L'attuale ruolo della motivazione negli affidamenti in house ordinari.

Secondo la vigente disciplina interna, per effetto del principio di auto-organizzazione amministrativa, le pubbliche amministrazioni possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Tale opzione costituisce una “deroga” al principio di concorrenza, ed in particolare, al principio dell'evidenza pubblica, che rappresenta una proiezione applicativa del primo.

La nuova disciplina codicistica, rispetto alle regole poste dal previgente Codice, va nella direzione di una parziale attenuazione degli elementi che devono essere analizzati e motivati negli affidamenti agli enti *in house*.

In primis, non esiste più l'“elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società”,

68 Rassegna Monotematica di Giurisprudenza a cura di Diana Caminiti – 28 ottobre 2024 - Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa.

istituito presso l'ANAC ⁽⁶⁹⁾. L'obiettivo di tale previsione era quello di assicurare maggiore controllo su tali affidamenti. Tuttavia, come spesso accade, l'aumento delle garanzie ha l'effetto di incrementare gli oneri procedurali rendendo più lenta e complessa l'azione amministrativa. La decisione di eliminare l'elenco delle società *in house* è probabilmente da ricondurre alla volontà di semplificazione e di velocizzazione posta alla base del principio del risultato. Nella nuova disciplina è la motivazione del provvedimento con cui la pubblica amministrazione determina di affidare l'esecuzione di lavori, la prestazione di servizi o la fornitura di beni alle proprie società, ad assumere un ruolo centrale. Come abbiamo visto, al fine di superare la discussione dottrinale e giurisprudenziale che si era creata relativamente all'obbligo di "motivazione rinforzata" posto dal vecchio Codice, il legislatore ha individuato un punto di equilibrio: l'art. 7 comma 2 del nuovo Codice ha introdotto una motivazione che, rispetto al vecchio Codice, elimina l'obbligo di dimostrare le cause del fallimento delle soluzioni esterne⁽⁷⁰⁾, mantenendo aperta la possibilità di optare per l'autoproduzione. E' stato, infatti, eliminato il riferimento al "ricorso al mercato", contenuto all'art. 192, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016⁽⁷¹⁾, con la conseguenza che il nuovo criterio da utilizzare per definire i "vantaggi per la collettività" è quello della "congruità economica della prestazione", da interpretare in relazione al conseguimento degli "obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione" previsti dalla norma e all'interno di un unico contesto in grado di garantire "celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche".

La nuova disposizione abbandona, quindi, la "motivazione rafforzata", precedentemente giustificata dalla natura eccezionale dell'*in house providing* riprendendo, in parte, quanto già disciplinato all'articolo 10, comma 3 del Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77 - *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* - secondo il quale «Ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.»

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, nell'ambito degli obiettivi e degli investimenti da realizzare rapidamente a causa della emergenza sanitaria e pandemica da Covid-19, ha concentrato l'oggetto della riforma nella promozione e tutela della concorrenza, raccomandando un utilizzo più responsabile dello strumento *in house* da parte delle amministrazioni. In tale contesto regolamentare, pur mantenendo il modello generale, il PNRR aveva semplificato l'onere motivazionale stabilito dall'articolo 192, comma 2

69 L'art. 192, co.1, d.lgs. 50/2016 prevedeva l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco degli enti che operavano mediante affidamenti *in house* che venivano consentiti solo a seguito della domanda di iscrizione. L'inserimento nel registro non aveva natura costitutiva ma solo dichiarativa, quindi in presenza dei requisiti di legge, consentiva di procedere ad affidamenti diretti senza gara. Tuttavia, un eventuale provvedimento di diniego dell'ANAC avrebbe impedito futuri affidamenti *in house*. L'idea sottesa a tale disposizione era cioè quella che il ricorso all'*in house providing* necessitasse di un titolo abilitativo, il cui rilascio era sottoposto al controllo dell'ANAC e tale aspetto concorresse a rendere il ricorso all'istituto di carattere eccezionale. L.M. FERA *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato* in Federalismi.it.

70 L.M. FERA, *L'in-house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato* in Federalismi.it

71 La seconda parte del co. 2, art. 192, cit. così recitava: «...le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando 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».

del Codice del 2016, in ordine alla congruità economica della prestazione rendendo in tal modo un più agevole ricorso al modello *in house*⁷². Seguendo la logica del risultato e della celerità propria del PNRR, l'obbligo di motivazione è stato in tal modo reso più funzionale attraverso l'attenuazione del profilo dell'efficienza a favore di quello dell'efficacia che vede focalizzare l'attenzione sulla effettiva realizzazione dell'obiettivo finale. La scelta di estendere una regola originariamente formulata per rispondere alle necessità straordinarie degli anni della pandemia a una disciplina di carattere generale ha costituito un'importante evoluzione normativa. Tale operazione ha, infatti, l'intento di superare gli impedimenti che hanno ostacolato l'azione amministrativa nel settore dei contratti pubblici, con l'obiettivo primario di accelerare la realizzazione dei relativi investimenti.

Tuttavia, nonostante il Codice del 2023, nel rivedere la disciplina degli affidamenti *in house*, abbia avuto il merito di aver dato continuità a tale misura di semplificazione, la disciplina dell'istituto appare frammentata in quanto a tutt'oggi rimane regolata da tre distinte fonti normative cui corrispondono non meno di tre diversi oneri motivazionali che possono essere delineati in base ad un criterio di tipo "orizzontale", che fa riferimento al diverso ambito prestazionale oggetto dell'affidamento (di tipo ordinario, di un servizio di natura strumentale o di un servizio pubblico locale di interesse economico) e da un criterio "verticale", basato sul valore economico del contratto. Una pluralità frastagliata di fonti che, di fatto, rischiano di compromettere gli intenti di semplificazione da sempre evocati dal legislatore.

3.3 Il necessario bilanciamento tra principi e obiettivi nelle ragioni della scelta degli affidamenti in house, semplificazione dell'onere motivazionale in caso di prestazioni strumentali.

La prima parte del comma 2 dell'articolo 7, sulla base della autonomia organizzativa dell'amministrazione procedente, stabilisce che la stessa possa affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1 (risultato), 2 (fiducia) e 3 (accesso al mercato) del Codice. Questo implica che la decisione dell'amministrazione di optare per l'auto-produzione o per il ricorso al mercato comporta inevitabilmente un preliminare bilanciamento tra il principio di auto-organizzazione amministrativa e i principi cardine del Codice. L'amministrazione che decide di optare per l'auto-produzione è tenuta, quindi, a motivare la propria scelta discrezionale basandosi su ragioni specifiche legate al caso concreto⁷³ e sulle peculiarità delle prestazioni da gestire in un'ottica sostanzialistica legata al raggiungimento dell'efficacia dell'azione e alla realizzazione dell'obiettivo. In tal modo, il principio del risultato assume il ruolo di criterio guida anche nell'ambito dell'auto-organizzazione amministrativa valorizzando attraverso il principio della fiducia l'autonomia decisionale alla base della scelta.

Il legislatore, inoltre, con la seconda parte del comma 2 dell'articolo 7 obbliga le amministrazioni procedenti all'adozione di un provvedimento motivato in cui dare conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento degli obiettivi di: *universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e*

72 B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in Riv. Trim. dir. Pubbl. 2023.

73 Secondo art. 1, comma 4 del d.lgs 36/23 «*Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (...)*». Il recente codice dei contratti pubblici ha fissato "la regola del caso" che comporta l'uso della discrezionalità nelle scelte dell'amministrazione a completamento del processo di adattamento della norma al caso di specie. La scelta compiuta dall'amministrazione sarà l'effetto della sintesi delle risultanze istruttorie procedurali conseguenti alla partecipazione di tutti gli interessi coinvolti, con conseguenze vincolanti per i terzi e per la stessa amministrazione (in termini di auto-vincolo).

razionale impiego di risorse pubbliche. Eccetto *universalità e socialità* che hanno carattere sociale in quanto mirano a garantire l'accesso ai servizi da parte di tutti i cittadini senza discriminazioni, promuovendo l'inclusione e favorendo il benessere collettivo, tutti gli altri obiettivi individuati dalla norma hanno carattere economico e, pertanto, possono essere misurati. Il concetto di *economicità* si riferisce al rapporto che sussiste tra l'impiego delle risorse pubbliche e il risultato finale. Mentre per *efficienza*, deve intendersi la capacità del risultato finale di produrre un impatto positivo, ovvero valore sociale per la collettività di riferimento o esternalità positive. L'azione amministrativa, inoltre, deve essere volta a garantire ai cittadini elevati standard qualitativi nei servizi offerti (*qualità della prestazione*) e una rapida conclusione dei procedimenti (*celerità*) mediante un utilizzo strategico della spesa pubblica che privilegi le scelte più vantaggiose (*razionale impiego di risorse pubbliche*).

Se da un lato il conseguimento dell'obiettivo di economicità non sempre garantisce l'acquisizione dell'efficienza, dall'altro l'efficienza può anche assumere una dimensione sociale, poiché permette di ottenere risultati che vanno oltre semplici obiettivi economici. Il legislatore nell'elencare nella seconda parte del comma 2 dell'art.7 gli obiettivi da perseguire per optare al modello di auto-produzione, sembrerebbe quasi abbia voluto tracciare un "ordine di preferenza" in cui sono da considerare *in primis* universalità, socialità e efficienza. La distinzione fondamentale, quindi, tra auto-produzione e ricorso al mercato risiede innanzitutto nella capacità di individuare, caso per caso, esigenze che vanno oltre l'aspetto economico della prestazione.

Secondo una parte della dottrina è necessario effettuare un bilanciamento degli obiettivi in base ai quali la scelta dell'affidamento ad una società *in house* risulti conforme alla norma e ciò avviene quando la scelta è in grado di raggiungere sicuramente l'efficienza⁽⁷⁴⁾. Le amministrazioni, cioè, per la scelta del modello *in house*, dovranno innanzitutto valutare e dimostrare il raggiungimento dell'efficienza e successivamente se sia possibile il contemporaneo il soddisfacimento degli altri obiettivi: alcuni obiettivi possono essere parzialmente sacrificati, ma esclusivamente nella misura strettamente necessaria al perseguimento dell'efficienza.

Con il secondo e terzo periodo dell'articolo 7, comma 2, il legislatore ha voluto operare una distinzione qualora l'auto-produzione abbia ad oggetto le "**prestazioni strumentali**" prevedendo che: «*In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità 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 oppure, in mancanza, con gli standard di mercato*».

Quindi quando l'amministrazione decide di autoprodurre beni e servizi "strumentali", non risulta necessario riferirsi ai concetti di socialità o vantaggi collettivi nella motivazione che sostiene la decisione. L'onere motivazionale diviene meno gravoso⁽⁷⁵⁾ poiché la stazione appaltante si limiterà a evidenziare, nella motivazione, aspetti come *economicità, celerità e perseguimento di interessi strategici* e non sarà necessario fare riferimento all'efficienza ovvero all'ulteriore vantaggio sociale. La scelta di semplificazione operata dal legislatore appare chiara nel punto in cui la norma stabilisce che i vantaggi possono

74 G. SCHIAVONE *Il principio di auto organizzazione amministrativa nel nuovo codice dei contratti pubblici. riflessioni sul rapporto tra in house providing e principio del risultato* in Italiappalti 2025.

75 Occorre rilevare che quando il legislatore ha fatto riferimento alla produzione di beni e servizi strumentali alle attività delle amministrazioni socie, ha inteso essenzialmente marcare la distinzione tra attività "strumentali" da un lato e Servizi di interesse generale (SIG) e Servizi di interesse economico generale (SIEG) dall'altro. G. URBANO *"Autonomia organizzativa e negoziale delle amministrazioni"* in Commentario al Codice dei Contratti Pubblici, G. Giappichelli Editore 2025. A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"* in Fedalismi.it

essere dimostrati 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 oppure, in mancanza, con gli standard di mercato. Quest'ultima disposizione, prevedendo l'adozione di tali automatismi con la funzione di prevenire eventuali contenziosi, ha di fatto previsto una graduazione della dimostrazione della maggiore economicità.

Come è stato già evidenziato, tale alleggerimento era già presente all'interno della disciplina regolatoria del PNRR il quale ha previsto tipologie di motivazione più attenuate (rispetto a quella contenuta nell'art. 192 del D.lsg. 50/16) proprio con l'obiettivo di trovare soluzioni più adeguate a garantire maggiore rapidità e risparmi economici da comparare rispetto agli *standard* nazionali o regionali. Il Codice non offre una definizione esplicita di queste prestazioni, ma tradizionalmente vengono considerate strumentali quelle attività indispensabili per l'esecuzione dei compiti e delle funzioni proprie dell'ente⁽⁷⁶⁾. Il concetto di "strumentalità" viene quindi rimesso all'interprete che dovrà individuare un parametro per le prestazioni rivolte al soddisfacimento delle esigenze dell'ente affidante.⁽⁷⁷⁾ La distinzione tra attività finale e attività strumentale non è rilevante solo sul piano teorico ma assume una importanza fondamentale anche in considerazione del più lieve trattamento riservato all'onere motivazionale, che potrebbe indurre qualche amministrazione a nascondere il vero oggetto dell'affidamento.

3.4 L'obbligo di motivazione qualificata per l'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale. Esclusione dell'applicazione della disciplina codicistica.

Il comma 3 dell'articolo 7 stabilisce che «L'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201». L'attuale Codice dei contratti pubblici ha cioè previsto, per l'affidamento di servizi locali di interesse economico generale, l'esclusione della sua applicazione attraverso il rinvio al c.d. TUSPL - Testo Unico Servizi Pubblici Locali. In questo settore, sebbene la normativa di riferimento abbia subito una revisione della materia, in continuità con il passato, per gli affidamenti *in house*, ha mantenuto l'obbligo di fornire una specifica motivazione che deve essere basata su considerazioni tecniche ed economiche ed escludere l'adozione di una soluzione esterna.

La disciplina speciale, pur essendo meno rigorosa di quella precedente, presenta diversi elementi restrittivi rispetto alla disciplina generale dei contratti pubblici. Ciò in quanto, è proprio in questa materia che l'affidamento *in house* ha manifestato in modo più accentuato la sua rilevanza sia sul piano sociale, poiché i servizi pubblici sono direttamente rivolti alla collettività e, pertanto, il rapporto con la concorrenza in tale settore entra più facilmente in tensione sia sul piano politico, tanto da determinare l'indizione di un Referendum nel 2011 che ha avuto tra i quesiti proprio il ruolo dell'affidamento *in house* rispetto all'esternalizzazione. A seguito di tale Referendum, è stata abrogata la disciplina di maggior rigore contenuta nell'art. 23-bis del Decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112 dalla quale emergeva chiaramente un *favor* (nel senso di previsione ordinaria) per l'esternalizzazione a terzi o per l'affidamento a società mista con gara a doppio oggetto. L'affidamento *in house* era, invece, associato a un gravoso *iter* procedurale e

76 L'art. 13 del DL n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani) individua le attività strumentali come quelle, diverse dalle funzioni amministrative e dai servizi pubblici, necessarie o utili al funzionamento dell'amministrazione e all'assolvimento delle sue funzioni, suscettibili di essere svolte dall'impresa in modo economico. Oppure potrebbe essere utile riferirsi all'art. 4 del d.lsg 175/2016 che indirettamente individua come "strumentali" le prestazioni "strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali".

77 V. BATTISTELLI, *L'affidamento "in house": luci ed ombre del nuovo principio di autorganizzazione amministrativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 6, 2024.

ad un limite sostanziale rappresentato dal suo ricorso solo in caso di “fallimento del mercato”, il che lo rendeva di fatto un istituto a carattere “eccezionale”.

Già con la riforma del 2015 il legislatore è tornato sulla specifica disciplina, accentuando però gli obblighi procedurali e di motivazione in caso di affidamento *in house* ma il vero impulso riformatore si è avuto con il PNRR che ha dedicato un’attenzione specifica ai servizi pubblici locali e, in particolare, all’affidamento *in house*. Come abbiamo già avuto modo di argomentare, l’impostazione liberare del PNRR si è basata sull’esigenza di rendere “responsabile” il ricorso a tale strumento organizzativo attraverso la previsione di obblighi procedurali e di motivazione che dessero evidenza della effettiva razionalità della scelta rispetto alla esternalizzazione. A differenza degli appalti pubblici, visti nella prospettiva della semplificazione e senza alcun riferimento specifico per l’affidamento *in house*, il PNRR con riferimento ai servizi pubblici locali ha previsto un intervento specifico sull’istituto prevedendo un obbligo di motivazione non solo rafforzato ma anche anticipato⁽⁷⁸⁾.

Il Testo unico dei servizi pubblici locali (TUSPL), sulla scia del PNRR e in coerenza con la legge delega, con riferimento all’obbligo di motivazione dell’affidamento *in house*, ha previsto prescrizioni non diverse da quelle relative agli affidamenti pubblici in generale ma, in aggiunta, ha stabilito varie misure restrittive ulteriori, che possono così riassumersi:

- 1) al fine di una tempestiva e più diffusa conoscenza delle ragioni della scelta, è prevista la anticipazione della delibera contenente la motivazione dell’affidamento facilitandone così la verifica e l’eventuale impugnazione;
- 2) al fine di assicurare l’effettività della motivazione, vi è un rafforzamento della trasparenza mediante la raccolta e l’elaborazione di una serie di dati rilevanti, sia di ordine economico che di tipo qualitativo sui servizi e sugli obiettivi che devono essere non solo conoscibili ma anche “comprensibili”;
- 3) al fine di assicurare l’attendibilità della motivazione, vi è l’obbligo di allegare alla delibera di affidamento un piano economico-finanziario di proiezione di tutte le più importanti variabili economico-finanziarie dell’affidamento;
- 4) al fine di evitare che la motivazione rimanga solo una dichiarazione e di rendere effettiva la valutazione in ordine alla maggior convenienza, è previsto un controllo permanente sull’affidamento.

Il D.lgs n. 201/2022 contiene, quindi, i criteri che le amministrazioni devono valutare quando sono chiamate a pronunciarsi sulla modalità di gestione di servizi pubblici ritenuta più idonea. Si tratta, in sintesi, di una serie di parametri estremamente precisi ed esaustivi, in grado di tracciare il percorso che l’amministrazione procedente deve osservare per determinare il tipo di gestione ritenuto più idoneo allo svolgimento di un certo servizio. In particolare, ai sensi dell’art. 14 - *“Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale”* - del D.lgs 201/2022 le autorità procedenti vengono espressamente chiamate ad effettuare una valutazione preliminare (all’avvio della procedura di affidamento) dalla quale emergano «*caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l’ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l’ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati*», fornendone adeguato riscontro in sede di motivazione.

⁷⁸ G. URBANO “Lautonomia organizzativa e negoziale delle amministrazioni” in Commentario al Codice dei Contratti Pubblici, G. Giappichelli Editore 2025.

Le verifiche e gli accertamenti che l'ente locale deve effettuare prima di adottare le proprie decisioni rivestono un'importanza fondamentale. Per tale ragione, la previsione di una fase complessa all'interno della quale necessariamente confluiscono un elevato numero di dati conoscitivi, serve a garantire una valutazione completa degli interessi pubblici della comunità coinvolta. La scelta di istituire un nuovo servizio pubblico rappresenterà il risultato naturale di un'attenta valutazione comparativa tra le diverse opzioni teoricamente disponibili. Tale processo obbliga l'ente locale a prendere una decisione basata su tutti gli elementi emersi durante le verifiche preliminari, dettaglio che dovrà essere chiaramente rappresentato nella motivazione analitica a corredo della decisione finale. Ed è proprio su questo decisivo momento che il legislatore, con l'art. 17 – *Affidamento a società in house* – del D.lgs. 201/2022 ha ritenuto di dover ancora una volta insistere richiedendo alle amministrazioni, con riferimento alla disciplina degli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea «una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi», anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house* (...)»⁷⁹.

Il TUSPL ponendosi lungo la stessa direttrice del vigente Codice dei Contratti nel senso che non discrimina a priori l'affidamento *in house* esige, tuttavia, evidenza della razionalità della scelta operata. Tale differente impostazione legislativa per i servizi pubblici locali presuppone come abbiamo già avuto modo di sottolineare, un carattere cangiante e disomogeneo dell'istituto dell'affidamento *in house* la cui motivazione, sulla base delle diverse discipline che si intrecciano tra loro pur seguendo la stessa direzione, presenta una intensità variabile a seconda del contesto: che si tratti di un affidamento diretto ordinario, di un servizio di natura strumentale o di un servizio pubblico locale di interesse economico e dell'importo contrattuale.

3.5 I dubbi interpretativi del Tar Lazio in ordine alla motivazione rinforzata nel settore dei servizi pubblici locali.

A dimostrazione della complessità del quadro normativo inerente gli affidamenti in regime di autoproduzione e della necessità di fare chiarezza, il Tar Lazio ha recentemente affrontato il tema della compatibilità della disciplina nazionale con quella comunitaria in tema di affidamento *in house* nel settore dei servizi pubblici locali rimettendo alla Corte di giustizia la decisione di stabilire se la normativa nazionale, introducen-

79 L'Antitrust ha recentemente ricordato, in occasione della Ricognizione 2025, gli obblighi di motivazione qualificata e l'adozione dei piani correttivi per gestioni insoddisfacenti. Infatti, posti gli obblighi istruttori e motivazionali previsti dal d.lgs. n. 201/2022 quali, in particolare, la necessità di predisporre un'apposita relazione in merito alla forma di gestione che verrà prescelta per ciascun nuovo affidamento (articolo 14) e, in caso di gestione *in house* con superamento delle soglie euro-unitarie, anche la necessità di corredare la deliberazione di affidamento del servizio con una qualificata motivazione che dia conto, tra l'altro, delle ragioni del mancato ricorso al mercato (articolo 17), la motivazione deve illustrare i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta anche in relazione ai risultati della pregressa gestione in house, strettamente relativi al servizio di TPL e quelli relativi al servizio di gestione della sosta a pagamento e in struttura, di cui la società è pure affidataria. «A tale riguardo, deve rammentarsi che la disciplina di cui all'articolo 30 del d.lgs. n. 201/2022 stabilisce un importante principio di trasparenza rispetto alle scelte compiute dalle amministrazioni e di accountability rispetto ai risultati delle gestioni, al fine di raggiungere e mantenere quegli obiettivi di universalità, qualità e accessibilità dei servizi che sono alla base della stessa ragion d'essere del servizio pubblico. Il presidio di tali principi è stato ulteriormente rafforzato dalle recenti modifiche normative riguardanti l'articolo 30 del d.lgs. n. 201/202215, finalizzate, da un lato, a responsabilizzare maggiormente gli enti nell'effettuare con consapevolezza la suddetta ricognizione, dall'altro lato, a prevedere l'adozione di adeguate misure correttive in caso di andamento gestionale insoddisfacente». Sul punto cfr l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con segnalazione n. AS2163 (Bollettino n. 16 del 20 aprile 2026)

do condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dal diritto europeo, abbia previsto una indebita restrizione nell'autonomia organizzativa degli enti locali o se, al contrario, abbia disciplinato un legittimo strumento volto a garantire concorrenza ed efficienza. La controversia sottoposta al TAR ha visto, da un lato, la AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) che, contestando l'operato di Roma Capitale, ha impugnato le deliberazioni relative all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale alla società ATAC S.p.A. in quanto, a suo giudizio, prive di una compiuta istruttoria e aventi ad oggetto la reiterazione di proroghe che di fatto consolidavano illegittimamente un regime di monopolio e, dall'altro, l'Amministrazione locale che giustificava la propria decisione con la necessità di garantire la continuità del servizio pubblico e sul presupposto che l'affidamento realizzasse gli obiettivi di efficienza, sostenibilità e universalità del trasporto.

In questa occasione il Tar Lazio ha analizzato la compatibilità della disciplina nazionale che, all'art. 17, comma 2, del d.lgs. 201/2022, condiziona la legittimità dell'affidamento diretto *in house* alla sussistenza della motivazione rafforzata nonché ad una puntuale analisi sugli investimenti, sulla qualità del servizio, sui costi per l'utenza e sull'impatto sulla finanza pubblica, rispetto al regime unionale sancito dall'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007, come modificato dal Regolamento (UE) n. 2016/2338, secondo il quale le autorità competenti a livello locale hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico ad un soggetto giuridicamente distinto, sul quale l'autorità locale esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale.

Il dubbio interpretativo che si è posto il Tar è se la disposizione dell'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 201 del 2022 ponga il legislatore nazionale davanti ad una rigida alternativa rappresentata dal fatto che le norme nazionali possano solamente vietare ovvero consentire il ricorso all'*in house providing*, oppure se la disposizione consenta al legislatore nazionale di poter anche seguire una soluzione intermedia data dalla possibilità per le autorità locali di ricorrere all'*in house providing* ma con alcune limitazioni tra le quali l'obbligo di motivazione rinforzata. L'art. 5, paragrafo 2, fa infatti, espressamente riferimento alla sola facoltà per gli Stati di "vietare" l'utilizzo dell'*in house providing* e tale disposizione comunitaria è contenuta all'interno di un regolamento, ossia una fonte che è vincolante per gli Stati membri, direttamente applicabile, e rispetto alla quale il perimetro di intervento delle normative nazionali è, di regola, più circoscritto e deve, comunque, mantenersi all'interno del margine di discrezionalità consentito dal regolamento medesimo.

Il TAR Lazio, dunque, con **ordinanza n. 16793 del 29 settembre 2025**, sospendendo il giudizio, ha sollevato dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) il seguente quesito: «*se il diritto unionale e, segnatamente, l'art. 5, paragrafo 2, del Regolamento n. 1370/2007 cit., con riguardo all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri, nella parte in cui prevede che tale aggiudicazione sia possibile "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale", osti ad una normativa nazionale, del tipo previsto dall'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 201 del 2022, la quale, pur non vietando del tutto il ricorso all'in house, lo ammette ma con limitazioni e, in particolare, consente alle amministrazioni di ricorrere a tale modello di affidamento solamente in presenza di una qualificata motivazione che dettagliatamente illustri le ragioni del mancato ricorso al mercato nonché i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo a tutta una serie di indicatori (gli investimenti, la qualità del servizio, i costi dei servizi per gli utenti, l'impatto sulla finanza pubblica, gli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in*

relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house) e non sulla sola base di una valutazione di convenienza economico amministrativa».

Bisognerà attendere la decisione della Corte europea su tale questione che stabilirà se lo Stato italiano possa limitare l'uso del modello *in house* attraverso la previsione dell'obbligo di motivazione rafforzata o se, al contrario, tale scelta normativa sia incompatibile con le indicazioni eurounitarie. La scelta del legislatore interno, infatti, comporta una riduzione dei margini della discrezionalità amministrativa e qualora tale obbligo venisse interpretato in senso eccessivamente restrittivo è possibile che l'*in house providing* divenga in un modello residuale, lontano dagli intenti del diritto unionale che lo considera, invece, una forma ordinaria e non eccezionale di gestione. Intanto, una prima posizione sempre in materia di affidamento *in house* del trasporto pubblico locale è stata già espressa di recente dalla stessa **Corte di Giustizia UE, sez. VIII con sentenza del 9 luglio 2026, n. C-856/24** la quale ha chiarito che una interpretazione restrittiva della espressione contenuta all'art. 5, par. 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 «*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*», nel senso che gli Stati membri avrebbero unicamente la possibilità di vietare totalmente il ricorso alle aggiudicazioni dirette senza poterlo vietare parzialmente, non sarebbe corroborata né dal tenore letterale della disposizione, né dal contesto in cui essa si inserisce, né dagli obiettivi del Regolamento stesso. Anzi, la possibilità per gli Stati membri di prevedere un divieto parziale si evincerebbe dal considerando 18 dello stesso Regolamento, ai sensi del quale ogni autorità competente può affidare a un operatore interno servizi pubblici di trasporto di passeggeri senza ricorrere a procedure di gara «*fatte salve le pertinenti disposizioni della legislazione nazionale*», senza ulteriori precisazioni⁽⁸⁰⁾. Pertanto, a giudizio della Corte «*l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che subordina qualsiasi aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico a un operatore interno all'obbligo, per l'autorità competente, di dimostrare preliminarmente, da un lato, la presenza di un fallimento del mercato al quale l'aggiudicazione prevista consentirebbe di porre rimedio nonché, dall'altro, i benefici per la collettività derivanti specificamente da tale modalità di aggiudicazione*».

4. La cooperazione tra autorità pubbliche come alternativa al mercato.

4.1 I confini della cooperazione pubblica secondo la giurisprudenza comunitaria.

È possibile ora passare a trattare della deroga alle regole dell'evidenza pubblica come prevista al comma 4 dell'articolo 7 del D.lgs 36/23 che disciplina, nello specifico, i casi in cui l'oggetto del contratto è la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune: si tratta del c.d. «**partenariato orizzontale**» che si contrappone all' affidamento «*in house*», qualificato invece come «**partenariato verticale**».

L'uso di tale modello contrattuale ha assunto una nuova prospettiva alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici che pone, come abbiamo visto, su un piano di parità con l'autoproduzione e l'esternalizzazione anche la cooperazione orizzontale⁽⁸¹⁾, rappresen-

⁸⁰ Corte di Giustizia UE, sez. VIII con sentenza del 9 luglio 2026, n. C-856/24

⁸¹ Per approfondimenti G. TACCOGNA «I» partenariati pubblico-pubblico orizzontali in rapporto alla disciplina degli appalti pubblici» *fedalismi.it*. E. GORI Il concetto di «cooperazione» fra pubbliche amministrazioni negli accordi di partenariato pubblico-pubblico ex art. 5, comma 6, d. lgs. 50/2016 in *Rivista giuridica IUS IN ITINERE* codice ISSN 2611-3902. M. RACCA *Rivista Diritto amministrativo* Anno xxv in fasc.n1 -2017 «Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e efficienza funzionale» pagg. 101 e ss. Milano Giuffrè Editore. R. CAVALLO - PERIN G.M. RACCA «La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici» *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* Anno xxv in fasc.6-n2016 pagg 1458 e ss. Milano Giuffrè Editore.

tando così una delle opzioni attraverso le quali può esprimersi la potestà delle amministrazioni di organizzare liberamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi. L'art. 7 comma 4 dispone che *«La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione»*. La norma in esame non introduce una reale novità nell'ambito della regolamentazione della contrattualistica pubblica, considerato che già il Codice del 2016 prevedeva al comma 6⁽⁸²⁾ dell'articolo 5 la possibilità di derogare alle procedure di evidenza pubblica nei casi di cooperazione tra enti. Inoltre, la regolamentazione degli accordi tra soggetti pubblici trova già la sua origine nell'articolo 15 della L. n. 241/1990 che, come noto, regola l'ampia categoria giuridica degli accordi tra pubbliche amministrazioni finalizzati a disciplinare tra le stesse *«lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune»*. Tale previsione, finalizzata dapprima a disciplinare gli accordi c.d. "organizzativi" della PA, ha poi assunto nel tempo un significato più ampio finendo per comprendere tutti i rapporti convenzionali tra soggetti pubblici nell'esercizio delle loro funzioni. La portata generale della norma e la coincidenza dell'oggetto contrattuale, hanno indotto, in prima battuta, a ricondurre automaticamente la disciplina degli accordi di cooperazione alla disciplina prevista dall'art. 15 della 241/90 lasciando però aperte alcune questioni a) l'individuazione dei soggetti sottoscrittori che per gli accordi di cooperazione possono essere anche le amministrazioni aggiudicatrici nel cui novero rientrano anche i soggetti privati e quali caratteristiche differenziano le due tipologie di accordi, b) gli elementi distintivi che sottraggono tali accordi di cooperazione alla disciplina dell'evidenza pubblica. Sul primo punto, la giurisprudenza non ha approfondito in particolar modo la questione probabilmente perché ha ritenuto che la norma in esame si riferisse ad una nozione soggettiva di pubblica amministrazione in senso ampio, tale cioè da ricomprendere anche le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori. Nel tempo, inoltre, si è andata delineando una concezione di pubblica amministrazione non più «statica» e «formale», ma «dinamica» e «funzionale», ovvero «a geometrie variabili», nel senso che l'ente muta la sua natura a seconda del regime normativo da applicare. La giurisprudenza ha cioè ammesso una nozione «cangiante» di pubblica amministrazione secondo la quale uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto ad alcuni istituti e possa, invece, non averla ad altri fini mantenendo rispetto a determinati istituti regimi normativi di natura privatistica.⁽⁸³⁾ Alla luce di ciò è perciò possibile ritenere che la norma in esame ammetta la sottoscrizione di accordi anche da parte di soggetti (amministrazioni ag-

82 Art. 5 comma 6 del D.lgs 50/2016: *«Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione»*.

83 Cass. Civ. Sez.Un. 19 aprile 2021 n. 10244

giudicatrici e enti aggiudicatori) che non abbiano la soggettività di diritto pubblico⁽⁸⁴⁾. Relativamente agli aspetti che differenziano le due tipologie di accordi, è ormai pacifico che la specifica disciplina di settore, prevista sia dal Codice del 2016 (art. 5 comma 6) sia dal nuovo Codice dei Contratti pubblici, renda possibile inquadrare un accordo di cooperazione come una *species* del più ampio *genus* degli accordi tra pubblica amministrazione ex art. 15 L.241/90⁽⁸⁵⁾.

Anche il secondo aspetto può dirsi superato in quanto, il legislatore del 2023, recependo gli orientamenti giurisprudenziali consolidatosi nel tempo sia a livello comunitario sia in ambito nazionale, ha definito in modo rigoroso i limiti entro i quali gli accordi di cooperazione possono essere stipulati ed è possibile la disapplicazione delle disposizioni del Codice, a differenza degli appalti pubblici sottoposti alle regole dell'evidenza pubblica.

La valida adozione degli accordi di cooperazione tra autorità pubbliche è stato, infatti, un tema affrontato più volte dalla Corte di Giustizia che ha esaminato la compatibilità con il diritto europeo di varie fattispecie nazionali relative agli appalti pubblici. In particolare, l'attenzione si è concentrata sul rispetto dei principi e delle norme concorrenziali relativamente a fattispecie contrattuali tra persone giuridiche appartenenti alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici. Tali rapporti negoziali erano principalmente mirati a forme di collaborazione nella gestione dei servizi pubblici e sono stati considerati pienamente validi e aderenti alla normativa europea laddove riconducibili al modello giuridico degli accordi di cooperazione.

Il giudice europeo ha comunque ritenuto fondamentale, nel corso del tempo, definire con maggiore chiarezza il confine tra appalti pubblici e accordi di cooperazione istituzionali, quando tali rapporti riguardavano settori di mercato pienamente competitivi. Questo perché le amministrazioni hanno spesso rappresentato come collaborazioni istituzionali rapporti contrattuali che mostravano le caratteristiche tipiche degli appalti pubblici.

Tra i più importanti precedenti comunitari da considerare, va ricordata la sentenza della **Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 9/6/2009 n. C-480/06 Commissione c. Germania** con cui è stato ritenuto conforme al diritto europeo un contratto di collaborazione per la realizzazione di un termovalorizzatore tra quattro circoscrizioni amministrative in Germania senza che fosse stata eseguita la procedura di gara di appalto, allora prevista dalla Direttiva 92/50. Con tale pronuncia, nota come **Sentenza Amburgo**, nota come *leading case* in materia, la Corte di giustizia ha iniziato a delineare il concetto di "cooperazione", come tale legittima, laddove ha statuito che *«il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti (...)»*. La Corte ha proseguito il suo esame rilevando che il *«diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. (...) una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (...)»*. Secondo

84 H. BONURA, *La cooperazione pubblico-pubblico* (art. 7, comma 4) in Commentario al Codice dei contratti pubblici, terza Edizione a cura di M. CLARICH.

85 Tar Umbria 29 marzo 2019 n. 164 che sebbene analizzando la previgente disciplina (l'art. 5 comma 6 del D.lgs. 50/2016) ha evidenziato che gli accordi in questione rientrano a pieno titolo nel «*genus*» degli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della legge 241 del 90 a cui si applicano le disposizioni di cui all'art. 11 commi 2 e 3, quali modelli di esercizio in forma consensuale dell'attività autoritativa.

tale pronunciamento è, quindi, legittimo il contratto stipulato dai Landkreise (circo-scrizioni amministrative) relativo allo smaltimento dei rifiuti direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, senza che tale contratto sia stato oggetto di una gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta a livello comunitario: un'authority pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo in collaborazione con altre autorità pubbliche. Tale contratto, stipulato soltanto da autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata, costituisce dunque, sia il fondamento che il quadro giuridico per la costruzione e la gestione future di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico. Da tale fondamentale pronuncia si ricava una prima impostazione dell'istituto, i cui contorni di legittimità si sostanziano nell'effettiva realizzazione di un servizio d'interesse pubblico comune alle parti pubbliche contraenti.⁽⁸⁶⁾

Tali prime indicazioni sono state poi oggetto di ulteriori specificazioni da parte di un ulteriore blocco⁽⁸⁷⁾, di pronunce della stessa Corte che si sono concentrate sull'analisi della prestazione oggetto dell'accordo per valutare l'effettiva comunanza d'interessi tra le parti. Significativa sul punto è la pronuncia della **Corte di giustizia, grande sezione, sent. 19 dicembre 2012, in causa C- 159/11**, nel contesto di una disputa legata ad un contratto di consulenza tra l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce e l'Università del Salento avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ed edifici ospedalieri. In tale orientamento la Corte si è soffermata specificamente sulla distinzione tra "appalto pubblico" e altre "tipologie contrattuali" non ricadenti nella disciplina dettata dalle Direttive allora vigenti. Per i giudici europei nei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi le norme del diritto UE non sono applicabili qualora ricorrano, cumulativamente, le seguenti condizioni: a) tali contratti devono essere stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata; b) nessun prestatore privato può beneficiare di una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti; c) la cooperazione da essi istituita è il frutto di considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico. Mentre con la sentenza Amburgo la Corte aveva concentrato l'esame della fattispecie sulla comunanza dell'interesse oggetto di accordo (raccolta e gestione dei rifiuti), perseguito allo stesso modo da tutte le parti del partenariato, in tale ultima pronuncia si è concentrata sulle caratteristiche della cooperazione rilevando che l'interesse sotteso all'accordo (affidamento dello studio della vulnerabilità sismica degli ospedali) non rivestisse qualifica pubblica⁽⁸⁸⁾ e pertanto, l'accordo non fosse legittimo⁽⁸⁹⁾. Il modello utilizzato veniva quindi qualificato come appalto di servizi a causa della mancanza di una finalità comune, della presenza di un corrispettivo finanziario e del ruolo di operatore economico dell'Università.

I contratti tra le autorità pubbliche, che derogano alle regole dell'evidenza pubblica, devono, infatti, necessariamente riferirsi ad attività "*non deducibili in contratti di dirit-*

86 P. BASILE, *Il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo codice degli appalti* in Rivista di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

87 L'istituto degli Accordi di cooperazione è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a partire dalla sentenza Grande Sezione, 9/6/2009 n. C-480/06 Commissione c. Germania. Successivamente anche Corte di Giustizia sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08, Corte di Giustizia Sentenza 28 maggio 2020 nella causa C-796/18. I confini degli accordi di cooperazione sono stati in seguito meglio precisati con la sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11.

88 Le attività generalmente svolte da ingegneri o architetti, se pur basate su un fondamento scientifico non assomigliano ad attività di ricerca scientifica.

89 P. BASILE *Il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo codice degli appalti* in Rivista di diritto amministrativo – www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

to privato”, pertanto, qualora una delle parti si ponga come un operatore economico, prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non si potrà parlare di cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi.⁽⁹⁰⁾

Con la Direttiva 2014/24 la cooperazione orizzontale ha ricevuto in ambito europeo una compiuta regolamentazione. Secondo il paragrafo 4 dell'art. 12: «*Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione*». Sul piano soggettivo, la circostanza che le parti dell'accordo di cooperazione siano autorità pubbliche di per sé non comporta la automatica disapplicazione delle norme sugli appalti. Secondo la Corte di giustizia, infatti, l'art. 12 della Direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non è escluso dall'ambito di applicazione della citata direttiva un appalto pubblico con il quale siano stati affidati da una amministrazione aggiudicatrice compiti di servizio pubblico che si inseriscono nell'ambito di un rapporto di cooperazione, quando con l'adempimento di tali compiti l'amministrazione aggiudicatrice affidataria non consegue obiettivi che condivide con altre amministrazioni aggiudicatrici ma si limiti a contribuire alla realizzazione di obiettivi che solo le altre amministrazioni aggiudicatrici hanno in comune⁽⁹¹⁾. Affinché sussista una genuina cooperazione è cioè necessario che i compiti delle amministrazioni stipulanti siano funzionali a obiettivi condivisi con altre amministrazioni ovvero che vi sia una autentica comunanza di interessi.

Inoltre, poiché la disposizione utilizza anche per gli accordi di cooperazione la definizione di “contratto”, secondo i giudici europei tale terminologia rappresenta *solo un modo più breve per indicare l'espressione “appalto pubblico (...)* Pertanto, la menzione di un «contratto» all'articolo 12, paragrafo 4, di tale direttiva deve essere intesa come riferimento alla nozione di «appalto pubblico».⁽⁹²⁾

Successivamente, con la sentenza della **Corte di Giustizia Europea Decima sezione 13 giugno 2013 C-386/11** il giudice europeo ha ritenuto non genuino un accordo laddove fosse assente la finalità di adempimento di una funzione di servizio pubblico comune alle parti con la conseguenza del formarsi di una situazione di vantaggio in capo ad un operatore economico terzo: un contratto concluso tra due enti territoriali, avente ad oggetto l'esecuzione di una prestazione di natura strettamente commerciale (come la pulizia di uffici e scuole) in cambio di un rimborso finanziario dei costi, rientra nella nozione di appalto pubblico di servizio e, pertanto, non può sfuggire alle regole della gara ad evidenza pubblica.

90 Si veda sul punto anche Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C-305/08 da cui si evince che un'amministrazione può agire sul mercato come “operatore economico” anche se non persegue scopi di lucro o se riceve un semplice rimborso spese. Pertanto, le università e gli istituti di ricerca possono rientrare a pieno titolo nella nozione di “operatore economico”, potendo qualsiasi soggetto idoneo ad eseguire il contratto presentare un'offerta, a prescindere dalla sua forma giuridica.

91 Corte Giustizia Sentenza 22 dicembre 2022, n. 383 Sambre & Biesme SCRL.

92 Corte Giustizia Sentenza 28/05/2020 n. 796. Tale sentenza mette anche in luce che un accordo tra due amministrazioni aggiudicatrici rappresenta un appalto pubblico a titolo oneroso anche in assenza di un flusso monetario perché la cessione gratuita di un software da un ente all'altro, legata al reciproco obbligo di scambiarsi futuri moduli supplementari, fa assumere al contratto carattere oneroso a causa delle controprestazioni previste.

A partire dalla nota sentenza Amburgo e con i numerosi pronunciamenti successivi il giudice del Lussemburgo ha sancito la compatibilità degli accordi di cooperazione con il diritto dei contratti pubblici quando presentino determinate caratteristiche che possono così sintetizzarsi⁽⁹³⁾:

- l'accordo deve essere finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico condiviso e comune tra i soggetti partecipanti all'accordo. Questi ultimi devono contribuire concretamente, seppur in misura diversa, al raggiungimento dell'obiettivo, attraverso una distribuzione effettiva dei compiti e delle responsabilità;
- non può sussistere un sinallagma contrattuale (che vede un soggetto acquisire servizi da un'altra parte dell'accordo), ma deve esserci una reale collaborazione nel conseguimento dell'obiettivo comune;
- i movimenti finanziari previsti nell'ambito di tali accordi devono riguardare esclusivamente il rimborso delle spese sostenute, escludendo qualsiasi forma di compenso per le prestazioni effettuate;
- il programma di attuazione non deve ostacolare né limitare il raggiungimento dell'obiettivo principale delle normative comunitarie sugli appalti pubblici, ovvero deve garantire la libera circolazione dei servizi e promuovere l'apertura alla concorrenza tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

Tali elementi rappresentano confini invalicabili per l'adozione dell'istituto nonché le direttrici lungo le quali si sono sviluppate le posizioni dei giudici amministrativi nazionali e le linee di indirizzo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione che hanno tradotto tali aspetti in stringenti requisiti operativi.

4.2 Gli approdi della giurisprudenza amministrativa interna per la valida adozione degli accordi di cooperazione.

Il giudice amministrativo nazionale ha riconosciuto la sussistenza di un accordo di cooperazione, in tutte le ipotesi in cui il rapporto è ispirato al perseguimento di un interesse pubblico comune. Indicativo di tale orientamento è il *leading case* in materia rappresentato dalla **sentenza 23 giugno 2014, n. 3130**, contenente un'analisi dettagliata dei presupposti che permettono di derogare al diritto UE in materia di contratti di appalto sottoposti alle regole dell'evidenza pubblica, con la quale il Consiglio di Stato ha ritenuto che, come già affermato dalla Corte di Giustizia, il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui: a) un tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi; b) non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico; c) oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti⁽⁹⁴⁾. Il giudice amministrativo ha, al contrario, riconosciuto la legittimità di un accordo di cooperazione, in tutte quelle ipotesi in cui il rapporto tra le amministrazioni coinvolte è ispirato alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico fra più amministrazioni, e non a quella dell'acquisizione di prestazioni astrattamente reperibili presso soggetti privati. E' esclusa la sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso agli accordi di cooperazione quando a) quando un accordo oneroso costituisce appalto di servizi, soggetto alle regole dell'evidenza pubblica, poiché gli accordi

93 F. GRASSI, "Cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici e disciplina in materia di appalti: la Corte di giustizia chiarisce l'ambito di applicazione del regime derogatorio disciplinato dall'art. 12 par. 4 della direttiva 2014/24/UE" DPCE on line, 2020/3 ISSN: 2037-6677.

94 Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130 inerente all'affidamento diretto da parte di un Comune a un'Università per la redazione del Piano di Governo del Territorio secondo il quale un accordo tra PA non può trasformarsi in un contratto d'appalto mascherato.

tra pubbliche amministrazioni presuppongono una sinergica convergenza su attività di interesse comune e il coordinamento dei rispettivi ambiti di intervento, non già uno scambio in cui un ente pubblico domanda prestazioni strumentali offerte da altro ente che si pone come operatore economico⁽⁹⁵⁾, b) quando sussiste una logica dello scambio economico suggerita dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e, dunque, in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ.⁽⁹⁶⁾ Ne consegue che in tali fattispecie lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più amministrazioni, ma vede una di queste fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati.

La progressiva fissazione degli elementi necessari alla legittimità degli “accordi di cooperazione” ha trovato conferma – sia pure in via incidentale – nel **Parere n. 1645/2018** del Consiglio di Stato sull'affidamento diretto pubblico-pubblico delle concessioni autostradali il quale, nell'esaminare le diverse tipologie di rapporti *in house* (a cascata, pluripartecipato, verticale, invertito o capovolto, e orizzontale) escluse dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici e delle Direttive europee, si è soffermato – pur nell'ambito degli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della legge 241/90 – sulla fattispecie degli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici previsti dall'allora vigente Codice all'art. 5 comma 6, specificandone le caratteristiche: «*Tale cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, con accordi di collaborazione, rimane al di fuori dell'istituto dell'in house, poiché non comporta la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione, ma costituisce un modulo cooperativo, non istituzionalizzato in alcuna forma organizzativa*»⁽⁹⁷⁾. Posta la necessità che l'accordo coinvolga esclusivamente stazioni appaltanti ed enti concedenti, la cooperazione è legittima anche se uno dei soggetti abbia natura privata (come del resto confermato dalla previsione della quarta condizione all'art. 7 comma 4) perché ciò che rileva è che lo stesso non agisca come un operatore economico prestatore di servizi in un rapporto di sinallagmaticità che gli attribuisca un corrispettivo⁽⁹⁸⁾. Ciò non vuol dire che non debba esserci un aspetto patrimoniale in un accordo di cooperazione, la previsione di un rimborso spese, che può esserci, è elemento neutro ma è necessario che questo non sia il solo apporto di una delle parti⁽⁹⁹⁾.

I giudici hanno, quindi, provato a tipizzare gli elementi che consentono la valida adozione degli accordi di cooperazione, tuttavia, a volte può non essere sufficiente l'analisi di alcuni di questi che individualmente considerati potrebbero assumere una portata neutra non incidendo in un senso o nell'altro. Recentemente la giurisprudenza nell'esaminare la “causa” dei contratti per determinarne la liceità e l'adeguatezza ha abbandonato una sua visione “astratta” a vantaggio della idoneità di una causa “concreta”, nel senso di scopo pratico che le parti intendono perseguire mediante la sua stipulazione. La sua analisi non dovrà limitarsi al momento della formazione del contratto, ma dovrà necessariamente coinvolgere sia le fasi precontrattuali sia la concreta attuazione del rapporto, richiedendo una valutazione globale dell'assetto degli interessi delle amministrazioni partecipanti in relazione al risultato e al fine perseguito.⁽¹⁰⁰⁾

95 Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 28 marzo 2017, n. 1418

96 Consiglio di Stato, sent. 15 luglio 2013 n. 3849. In senso contrario alla giurisprudenza europea sul caso *Am-burgo*, tale sentenza ha affermato che «*visti nel prisma del diritto europeo, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sono necessariamente quelli aventi finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato*»

97 Consiglio di Stato, Sez. I, 26 giugno 2018, parere n. 1645

98 Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2019 n. 5581

99 Tar Sicilia, Palermo, 18 luglio 2023 n. 2365

100 Cassazione civile 30 ottobre 2023 n. 30063

Seguendo tale prospettiva, un accordo tra amministrazioni aggiudicatrici rappresenterà una autentica cooperazione quando la sua causa consisterà nel soddisfacimento di interessi riconducibili alla loro missione istituzionale, in un'ottica collaborativa, al contrario non lo sarà quando la causa concreta dell'accordo sarà sovrapponibile a quella di astratta di un contratto di appalto o di concessione oppure quando la stessa determinerà una indebita situazione di vantaggio di un operatore economico¹⁰¹.

4.3 Le caratteristiche di legittimità degli accordi di cooperazione secondo ANAC: il perseguimento dell'interesse pubblico comune.

L'ANAC si è espressa ripetutamente sull'istituto degli accordi di cooperazione, prevalentemente per ragioni di vigilanza sui contratti pubblici, al fine di impedire che le amministrazioni utilizzino tale istituto con l'obiettivo di eludere le regole della concorrenza nascondendo veri e propri appalti. L'Autorità durante la vigenza dell'articolo 5, comma 6, del Decreto legislativo n. 50/2016, che ha per la prima volta disciplinato nel settore degli appalti pubblici l'uso degli accordi di cooperazione, ha delineato un quadro in cui il requisito cardine per la legittimità di tali accordi è il perseguimento di un interesse pubblico comune, da considerare prioritario rispetto agli altri criteri che intervengono nell'individuazione della deroga all'applicazione del principio di evidenza pubblica.

In particolare, con la determinazione n. 7/2010¹⁰² l'Autorità anticorruzione aveva chiarito la portata dell'istituto individuandolo come «*un modello convenzionale attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di "reciproca collaborazione" e nell'obiettivo comune di fornire servizi "indistintamente a favore della collettività e gratuitamente"*». Nel successivo parere del 7 ottobre 2015 (AG 70/2015/AP) l'ANAC si è soffermata sul concetto di assenza di corrispettivo affermando che «*l'elemento qualificante dell'istituto, che emerge dalle più recenti pronunce del giudice amministrativo, è l'estraneità alla logica dello scambio tra prestazione e controprestazione suggellata dalla previsione di un corrispettivo, propria del contratto e l'adesione alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici*».

Con il **parere del 17/01/2024, n. 66**, l'ANAC si è per la prima volta soffermata sull'art. 7, comma 4, del D.lgs n. 36/23 e, riprendendo i chiarimenti già offerti in precedenza dalla stessa Autorità in materia, ha fornito un quadro generale delle caratteristiche di legittimità dell'istituto indicando il complesso dei requisiti operativi di validità, che possono così definitivamente riassumersi:

- l'art. 7 comma 4 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico. Tale norma «*contempla quindi una specifica disciplina degli accordi tra soggetti pubblici, quale istituto già previsto in passato e in linea generale dall'art. 15 della l. 241/1990 e confermato dal previgente dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, indicando in maniera tassativa i limiti entro i quali gli accordi tra PA possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice*». La cooperazione tra amministrazioni, sancita attraverso accordi che possono essere conclusi senza gara, viene espressamente subordinata alla sussistenza delle condizioni indicate alle lettere a), b), c) e d) del medesimo comma 4;
- come chiarito dalla giurisprudenza, le amministrazioni parti dell'accordo possono

101 H. BONURA, *La cooperazione pubblico-pubblico (art. 7, comma 4)* in Commentario al Codice dei contratti pubblici, terza Edizione a cura di M. CLARICH.

102 Determinazione n. 7/2010. Si veda anche pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, G20/2014, delibera n. 179/2023

possedere competenze differenti e perseguire finalità pubbliche altrettanto diverse, a condizione che la collaborazione reciproca permetta a ciascuna di raggiungere il proprio scopo. L'elemento fondamentale è l'assenza di una logica di scambio, poiché questi accordi devono orientarsi verso lo svolgimento in comune di attività finalizzate alla soddisfazione di interessi pubblici che, anche se non completamente coincidenti, devono comunque rientrare nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante;

- la disposizione prevede un modello convenzionale che consente alle pubbliche amministrazioni di coordinare l'esercizio delle proprie funzioni in vista del conseguimento di un obiettivo comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione, in maniera gratuita e finalizzato a garantire servizi a favore della collettività;
- gli accordi di collaborazione dovranno a) essere conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori (restando esclusi dagli stessi soggetti non qualificabili come tali); b) regolamentare la realizzazione di un interesse pubblico, realmente comune per i partecipanti; c) contemplare una reale divisione di compiti e responsabilità; d) i flussi finanziari tra i soggetti in esso previsti dovranno configurarsi solo come rimborso delle spese sostenute, essendo assolutamente esclusa qualsiasi forma di pagamento di un corrispettivo vero e proprio - che cioè includa un margine di guadagno - ciò che assume rilievo è la posizione di equi-ordinazione tra le pubbliche amministrazioni nella collaborazione e nei rispettivi ambiti di intervento su aspetti di interesse comune; e) la loro adozione non potrà interferire in alcun modo con il perseguimento del principale obiettivo delle norme europee in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura effettiva alla concorrenza⁽¹⁰³⁾.

L'ANAC sottolinea quindi che, nell'accordo di collaborazione l'elemento centrale è rappresentato dalla sussistenza del requisito dell'*interesse comune* delle pubbliche amministrazioni coinvolte, per la cui attuazione deve sussistere una effettiva e veritiera divisione di compiti e di responsabilità. Tali circostanze lo distinguono nettamente dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso nel quale solo una delle due parti si limita a svolgere la prestazione concordata, mentre l'altra si impegna unicamente a fornire la remunerazione. Solo la sussistenza di questi presupposti legittima la valida adozione di un accordo di cooperazione da parte di amministrazioni aggiudicatrici, sulla base del potere di auto-organizzazione loro attribuito, e la deroga alle regole dell'evidenza pubblica.

5. Conclusioni.

L'indagine condotta mette in luce come il passaggio dal vecchio assetto regolatorio al D.Lgs. 36/2023 non ha rappresentato una mera riscrittura tecnica delle regole in materia di contratti pubblici, bensì una vera e propria rivoluzione culturale e ordinamentale. Al centro di questo cambio di paradigma si colloca il superamento della cosiddetta "burocrazia difensiva", un fenomeno che per lungo tempo ha paralizzato l'iniziativa pubblica, sostituito oggi da uno schema fondato sui principi del risultato e della fiducia dell'azione amministrativa. In tale contesto il principio di auto-organizzazione emerge come la massima espressione dell'autodeterminazione pubblica e la sua codificazione all'interno dell' art. 7 del D.Lgs. 36/2023, riconoscendo la tendenziale parità tra l'auto-produzione e del ricorso al mercato, mette fine alla gerarchia utilizzata in passato che vedeva in quest'ultimo la scelta prioritaria delle pubbliche amministrazioni. La norma

103 Parere ANAC del 17/01/2024 n. 66.

quindi rappresenta una svolta significativa capace di fornire una soluzione equilibrata alle discussioni sorte negli ultimi anni sull'applicazione delle regole concorrenziali e in cui, l'istituto dell'*in-house providing* rappresentava il principale terreno di scontro e tra spinte autonomistiche e tutele concorrenziali. Sebbene la concorrenza rappresenti uno dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo perché capace di generare una serie di effetti positivi rappresentati dalla riduzione dei costi, da una maggiore libertà di scelta da parte degli utenti finali e, quindi, da un continuo incentivo al miglioramento della qualità della prestazione e all'innovazione, non può comunque essere considerata a prescindere la soluzione migliore per ogni situazione da affrontare. Sostenere, infatti, che un obbligo generalizzato per le amministrazioni di ricorrere alla gara ad evidenza pubblica conduca alla migliore prestazione e al prezzo più conveniente, significa ignorare le complessità che caratterizzano il settore pubblico. Esistono, infatti, circostanze in cui la concorrenza può rivelarsi inefficace, o addirittura controproducente, a causa dei costi elevati di gestione delle procedure di gara, del rischio di contenziosi e dei ritardi che spesso derivano dalle dinamiche competitive. In queste situazioni, l'autoproduzione rappresenta un'alternativa valida e, in molti casi, anche la più efficiente.

L'art. 7 del D.Lgs. 36/2023 ha il merito di individuare queste criticità e di conferire pari dignità all'autoproduzione intesa come strumento che, in alcuni casi, può risultare non solo equivalente ma anche superiore, in termini di efficienza, al ricorso al mercato e la cooperazione potrà costituire la soluzione più efficiente per soddisfare le esigenze della collettività mediante la realizzazione di interessi comuni alle parti.

Viene quindi a delinearsi un nuovo volto dell'amministrazione, dotata di ampi margini di discrezionalità e protetta dal principio della fiducia nell'azione dei suoi funzionari. Questa autonomia decisionale e organizzativa rappresenta uno strumento di flessibilità indispensabile per rispondere alle complesse sfide della modernità. Che si tratti di ricorrere al mercato, di strutturare un organismo *in house* o di tessere reti di cooperazione orizzontale, la legittimità dell'azione pubblica non si misura più soltanto sulla base dell'astratto rispetto delle regole procedurali, ma soprattutto sulla capacità dell'amministrazione di giustificare razionalmente le proprie scelte, di garantire l'efficacia del risultato e di tutelare, in ultima istanza, il valore superiore dell'interesse pubblico generale.