

## IL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI E LA AUTOPRODUZIONE NELLA PROSPETTIVA DELL'EFFICIENZA REGOLATORIA\*

di Domenico Andracchio\*\*

**Sommario.** 1 Premessa. – 2. L'anatomia del mercato delle commesse pubbliche. – 3. L'anatomia della autoproduzione nella previgente regolazione dei contratti pubblici (e nelle altre discipline di settore). – 4. Un pendolo continuo: il rapporto tra il ricorso al mercato delle commesse pubbliche e all'*in house providing*. – 5. L'autoproduzione nel nuovo *Codice dei contratti pubblici*. – 6. A mò di conclusioni: argomentazioni a sostegno della (corretta) pariordinazione dell'autoproduzione e del ricorso al mercato.

87

**1. Premessa.** Quanta efficienza? Quanta efficienza c'è nel regime giuridico che la nuova disciplina dei contratti pubblici riserva all'autoproduzione (c.d. *in house providing*)?

Le regolazioni pubbliche dell'economia<sup>1</sup> non si risolvono — semplicemente — in una vicenda linguistica. Non possono considerarsi soltanto un insieme di parole e di frasi

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto dell'economia – Università di Roma La Sapienza.

<sup>1</sup> Per un'ampia e profonda analisi delle ragioni, delle forme e degli obiettivi della regolazione, quanto alla dottrina italiana, si vvv., tra gli altri, M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 ss.; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679; N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5057 ss.; M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.; F. Merusi, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ. (II)*, 2010, 623 ss.; G. Napolitano, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. un. eu.*, 2010, 218 ss.; M. Cocconi, *Motivazione e qualità dei procedimenti di regolazione generali*, in *Dir. econ. (II)*, 2011, 459 ss.; P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 117 ss.; F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ. (II)*, 2018, 697 ss. Nella letteratura straniera si segnalano, in particolare, gli scritti di A.E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, New York, 1970; G. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Econ. Sc.*, 1971, 2 ss.; R.A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, in *ibidem*, 1974, 335 ss.; B.M. Owen, R. Brauetigan, *The Regulation Game*, Cambridge, 1978; T.K. MC GRAW, *Prophets of Regulation*, Harvard, 1984; R. Baldwin, C. Mc Crudden, *Regulation and Public Law*, Londra, 1987; A. OGUS, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, 1994; Id., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 15 ss.; J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, 24 ss.; J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Rev. du droit public*, 1998, 659 ss.; R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation*, Oxford, 1999; L. Mac Gregor, T. Prosser, C. Villiers (a cura di), *Regulation and Markets Beyond 2000*, Ashgate, 2000; M.A. Frison Roche, *Le droit de la régulation*, Parigi, 2001; C. Scott, *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, in *Public Law*, 2002, 329 ss.; E. Glaeser, A. Shleifer, *The Rise of the Regulatory State*, in *Journal of economic literature*, 2003, 401 ss.; C. Scott, *Regulation*, Dartmouth, 2003.

sviluppate secondo apposite tecniche di *drafting*<sup>2</sup>. Comprensibilità, chiarezza, semplicità ed eleganza di prosa sono elementi necessari, ma non sufficienti per comprendere le scelte di politica legislativa. Vero è che la lingua «non è affatto una vietata porticina di servizio attraverso la quale il diritto s'introduce di soppiatto, ma piuttosto il grande portale attraverso il quale tutto il diritto entra nella coscienza degli uomini»<sup>3</sup>. Vero pure che «la legge non è solo un atto ordinante ma un atto di comunicazione: avere consapevolezza del peso delle parole significa riservare attenzione e rispetto per il destinatario di esse»<sup>4</sup>. Tuttavia, non si riduce tutto ad una questione di mera «arte linguistica». Dietro una previsione giuridica, piuttosto che un'altra, si muove tutto un articolato ingranaggio fatto di incentivi e disincentivi. Pure ove ammetta più alternative praticabili, una prescrizione può incentivare a preferirne una e disincentivare la preferenza per le altre. I destinatari delle norme sono esseri razionali che rispondono agli incentivi e ai disincentivi che una norma è in grado di dare; tra più soluzioni praticabili essi optano per quella che assicura loro meno costi e più vantaggi. La analisi economica del diritto<sup>5</sup> — i cui strumenti d'indagine sono sempre più utili al giurista<sup>6</sup> che voglia tentare di comprendere la complessità di questo mondo — guarda alle regolazioni giuridiche dei mercati<sup>7</sup> proprio nella prospettiva dei costi e dei vantaggi. E il criterio alla luce del quale valutare la ottimalità di una determinata soluzione diviene, appunto, quello della

<sup>2</sup> Sul tema del *drafting* e sulle implicazioni, teoriche e pratiche, delle tecniche di elaborazione di testi normativi e regolatori si vv., per tutti, R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, 2004; E. Albanesi, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019.

<sup>3</sup> A. Merkl, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 125.

<sup>4</sup> R. Zaccaria, *La buona scrittura e la qualità delle leggi*, in Id. (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei deputati Segreteria generale - Ufficio pubblicazioni e relazioni con il pubblico, Roma, 2012, 15.

<sup>5</sup> Sull'analisi economica del diritto non mancano scritti nei quali vengono affrontate, da diverse angolazioni prospettiche, la rilevanza e la utilità dell'applicazione dei modelli economici nello studio di questioni giuridiche. Tra i moltissimi scritti, e senza nessunissima pretesa di esaustività, si vv. P. Chiassoni, *L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti: formalismo o realismo?*, in *Quadrimestre*, 1991, 473 ss.; R. Pardolesi, *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, in *Foro it.*, 1993, 1 ss.; Id., *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 451 ss.; M. Grillo, *Introduzione a Coase*, in *Impresa mercato e diritto* Bologna, 1995, 7 ss.; Id., *Lo snobismo degli economisti e il rifiuto del dialogo con i giuristi. Una risposta a Guido Alpa*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, 751 ss.; A. Chiancone, D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Torino, 1996; G. Alpa, *Lo snobismo degli economisti e il rifiuto del dialogo con i giuristi (a proposito dell'introduzione alla versione italiana di «Impresa, mercato e diritto» di R.H. Coase)*, in *Economia e dir. del terziario*, 1996, 745 ss.; G. Alpa, A. Giampieri, *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 717 ss.; A. Gambaro, *L'analisi economica e la ricerca della logica proprietaria*, in *Riv. critica dir. privato*, 1996, 235 ss.; L.A. Franzoni, *L'analisi economica del diritto. Un'introduzione*, Roma, 1997; F. Parisi, G. Giacobbe (a cura di), *Analisi economica e libertà contrattuali*, Milano, 1998; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999; F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; G. Bellantuono, P. Iamici, *Analisi economica del diritto*, Trento, 2005; P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; F. Carocchia, R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *For. it.*, 2014, 193 ss. Nella letteratura straniera, tra i tantissimi altri, si rinvia a I. Ehrlich, R. Posner, *An economic analysis of legal rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 1974, 286 ss.; W.M. Landes, R.A. Posner, *Adjudication as a private good*, in *Journal of Legal Studies*, 1979, 284 ss.; R.D. Cooter, D.L. Rubinfeld, *An economic model of legal discovery*, in *Journal of Legal Studies*, 1994, 435 ss.; W.A. Fischel, *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Cambridge, 1995; L. Kaplow, S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, in *Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business - Discussion Paper 251*, 1999; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Los Angeles, 2008; K. Matis, *Law and Economics in Europe. Foundations and Applications*, Berlino, 2013; M. Rodi, *Economic Analysis of Public Law*, Berlino, 2022.

<sup>6</sup> S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss.

<sup>7</sup> Si vedano, al riguardo, le riflessioni sviluppata da B. Tonoletti, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 5 ss.

«efficienza»<sup>8</sup>. Parafrasando la teoria dell'ottimo paretiano, con il correttivo dell'indennizzo compensativo di Kaldor e Hicks<sup>9</sup>, una soluzione dicesi efficiente, in linea di prima approssimazione, quando non può esservene un'altra che, migliorando la condizione di un individuo, non comprometta però quella degli altri, registrandosi un incremento efficientistico soltanto qualora, con l'introduzione di apposite misure, il beneficio conseguito da un individuo sia tale da compensare gli svantaggi subiti da tutti gli altri. È alla luce di queste coordinate di massima che pare dunque interessante approcciare al fenomeno della c.d.

<sup>8</sup> Il concetto di efficienza è un qualcosa di semplice e allo stesso tempo di complesso. È in certo senso di immediata percezione sensoriale, ma cognitivamente assai sfuggente. Di primo acchito, si è tentati col credere di essere in grado di darne una definizione compiuta, salvo poi accorgersi presto che quella che si riteneva assorbente del tutto è una definizione in grado di cogliere soltanto alcune dimensioni di quello che l'efficienza vale ad indicare. Il perché è intuibile: l'efficienza è poli-settoriale. In economia indica il parametro alla luce del quale misurare il livello di *performance* di un mercato e dei soggetti che vi agiscono. Suole infatti distinguersi tre accezioni di efficienza: l'efficienza produttiva (o efficienza tecnica), l'efficienza allocativa e l'efficienza dinamica. La prima designa la capacità di produrre un determinato *output* al più basso costo; la seconda designa la capacità di indurre i consumatori ad essere disposti a pagare, per l'acquisito di un bene o di un servizio, un prezzo almeno pari al costo di produzione; infine, l'efficienza dinamica designa l'abilità di adattarsi ai mutamenti sociali e tecnologici che interessano i settori nei quali un'impresa si trova ad agire. Per ogni ulteriore approfondimento di questi e altri aspetti si rinvia, per tutti, a J. Black, N. Hashimzade, G. Myles (a cura di), *A Dictionary of Economics*, Oxford, 2013, ove pure si legge che «l'efficienza nel consumo significa allocare i beni tra i consumatori in modo tale che non sia possibile, mediante alcuna riallocazione, migliorare la situazione di alcune persone senza peggiorare la condizione di qualcun altro. L'efficienza nella produzione significa allocare le risorse disponibili tra le industrie in modo che non sia possibile produrre una quantità maggiore di alcuni beni senza produrre meno di altri. L'efficienza nella scelta dei beni da produrre significa scegliere in maniera tale che non sia possibile modificare l'insieme dei beni in modo da far stare meglio alcuni consumatori senza che altri peggiorino». Ma l'efficienza non è soltanto un concetto intrinsecamente economico destinato a trovare applicazione all'interno di ambiti del sapere umano puramente economici. È piuttosto un parametro di cui si è fatto (e continua a farsi) diffuso impiego «sulle» e «per» le organizzazioni pubbliche. In M.R. Rutgers, H. Van Der Meer, *The origins and restriction of efficiency in public administration: Regaining efficiency as the core value of public administration*, in *Administration & Society*, 2010, 755 ss., viene dato conto delle varie definizioni di efficienza pubblica: efficienza come assioma numero uno nella scala dei valori dell'amministrazione, efficienza come rapporto tra *input* e *output*, spese e entrate; efficienza come massimo raggiungimento di un dato fine con determinate risorse; efficienza come capacità di prendere il percorso più breve, il mezzo più economico, verso il raggiungimento degli obiettivi desiderati; efficienza come capacità di produzione di un bene o servizio al minor costo possibile, mantenendo un livello costante di qualità. Senza indugiare oltre, da questa varietà di definizioni — peraltro accolte dalla dottrina italiana — può ai nostri fini ricavarsi un dato: una regolazione giuridica destinata ad incidere sull'organizzazione e sull'azione delle organizzazioni amministrative dicesi efficiente nella misura in cui i principi, i criteri e le regole di cui si compone risultano, strutturalmente e funzionalmente, preordinati a spingerle, incentivandole, a conseguire il miglior risultato possibile con il minor dispendio di risorse. Nella letteratura straniera, tra i moltissimi altri, si v. D.F. Kettl, *The future of public administration*, in *Journal of Public Affairs Education*, 1999, 127 ss.; C. Grandy, *The efficient public administrator: Pareto and a well-rounded approach to public administration*, in *Public Administration Review*, 2009, 1115 ss.; T.J. Scheer, *Efficiency and the establishment of public administration*, in *ibidem*, 2010, 70 ss. Quanto alla letteratura italiana si rinvia invece, senza alcuna pretesa di esaustività, agli scritti di O. Sepe, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; M. Agnoli, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, in *Amm. it.*, 1982, 523 ss.; E. Giudici, *Efficienza ed efficacia*, in L. Caselli (a cura di), *Le parole dell'impresa*, Milano, 1995, 620 ss.; M.V. Lupò Avagliano (a cura di), *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri*, Milano, 2001; L. Mercati, *Efficienza della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2144 ss.; G. Amato, R. Garofoli (a cura di), *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Roma, 2009; R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss.; D. Vese, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano, 2018.

<sup>9</sup> J.R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, in *Economic Journal*, 1939, 696 ss.; N. Kaldor, *Welfare proposition in economics and interpersonal comparison of utility*, in *Economic Journal*, 1939, 549 ss.

autoproduzione di lavori, beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, in rapporto al ricorso al mercato dei contratti pubblici.

La storia testimonia che l'uomo ha sempre avvertito, con la fame e la sete, una esigenza insopprimibile: dotarsi di istituzioni capaci di soddisfare esigenze che trascendono la dimensione egoistica insita, in misura più o meno marcata, in ciascun individuo. Si è soliti ritenere che il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse<sup>10</sup> abbia determinato — tra le altre cose — l'emergere di nuove istanze e di nuovi bisogni che la monolitica macchina dello Stato non poteva più ignorare. È quindi venuto innescandosi un fenomeno moltiplicatore, nel senso che ai più interessi da curare hanno fatto seguito più e diverse funzioni da esercitare. A sua volta, all'aumento delle funzioni è seguito un incremento delle risorse e dei beni di cui disporre per il corretto esercizio di quelle. Per rimediare è stato avviato (anche) il progressivo avvicinamento dei modi dell'agire pubblico con i modi dell'agire privato. Non più e non solo un fare imperativo. Non più e non solo l'adozione di provvedimenti amministrativi. Ma pure un fare equiordinato, fondato sull'impegno di strumenti privatistici. Tra questi, primo fra tutti, quello del contratto per l'acquisto di beni, di servizi e di forniture<sup>11</sup>.

Questa narrazione è corretta, ma storicisticamente non proprio completa. La letteratura scientifica ha infatti dato conto di come, per la verità, le commesse pubbliche abbiano una origine decisamente più risalente. In Siria è stata trovata una tavoletta di argilla rossa, risalente tra il 2400 e il 2800 a.C., sulla quale era impresso l'ordine di approvvigionarsi di 50 vasetti di olio profumato e liscio e di 600 piccoli pesi di grano. Altre prove di arcaiche forme di approvvigionamento riguardano le forniture che venivano richieste, intorno all'800 a.C., alla Cina da una colonia greca. Ancora, negli Stati Uniti, già sul finire del 1800, le legislature statali iniziarono a creare consigli o uffici responsabili degli acquisti<sup>12</sup>.

Ciò a dimostrazione che le pubbliche amministrazioni, al fine di disporre dei mezzi necessari, si sono sempre trovate dinanzi ad una scelta comune a quella di qualsiasi altro essere

<sup>10</sup> G. Guarino, «Classi» e «gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 385 ss.; G. Ferrara, *Lo «Stato pluriclasse»: un protagonista del «secolo breve»*, in S. Cassese, G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, 4 ss.; M.S. Giannini, *Costituzione e Stato pluriclasse*, Intervista di D. Corradini (1980), in *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano, 2005, 455 ss.; Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

<sup>11</sup> In argomento, tra gli altri, si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 566 ss.; Id., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modalità negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss. Per ulteriori riflessioni si vv. C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; A. Pioggia, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. Andreis, *Procedimento amministrativo e attività di diritto privato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 75 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; Id., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 5 ss.; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010; B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013; G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013.

<sup>12</sup> A.G. Thomas, *Principles of Government Purchasing*, New York, 1919; H.R. Page, *Public Purchasing and Materials Management*, Lexington, 1980; S.N. Sherman, *Government Procurement Management*, Germantown, 1999; K.V. Thai, *Public procurement re-examined*, in *Journal of Public Procurement*, 2001, 9 ss.

razionale: provvedere da sé oppure ricorrere alle prestazioni di altri. Nonostante la regolazione giuridica delle commesse pubbliche sia stata interessata da un atteggiamento iper-regolativo, capace di stravolgerne molti aspetti, siffatta alternativa (esternalizzazione o autoproduzione) non è mai venuta meno. A seconda della sensibilità culturale e politica, di volta in volta dominante, si sono registrate tendenze ora favorevoli al ricorso al mercato, ora all'autoproduzione, e viceversa. Nessuno è però mai giunto a negare la possibilità per le organizzazioni pubbliche di avvalersi delle risorse di strutture organizzative da esse indirizzate e influenzate come fossero degli uffici interni. Tale modo di organizzare i lavori, i servizi e le forniture è quello che solo in epoca più recente è stato indicato col nome di *in house providing*<sup>13</sup>.

La questione giuridica che — da sempre — è al centro di dubbi interpretativi concerne il carattere eccezionale, o meno, della c.d. autoproduzione, rispetto alla esternalizzazione. Le organizzazioni pubbliche debbono, per regola, ritenersi obbligate a ricorrere al mercato e solo, in via eccezionale e derogatoria, a loro strutture domestiche? Oppure possono considerarsi libere di optare per l'una oppure per l'altra modalità di gestione? E quando optano per l'autoproduzione possono considerarsi legittimate a motivare, come sovente debbono fare in altri contesti, quella scelta oppure sono chiamati a giustificarla, tremanti e impauriti, dinnanzi agli occhi severi di una maestra munita di «bacchetta carolina» con una motivazione capace di fargli evitare tremende punizioni? I valori che entrano in rapporto di potenziale tensione sono due: da un lato, la libertà di organizzazione amministrativa; dall'altro lato, la tutela della concorrenza per e nel mercato.

Lo scopo di questo scritto vuole essere quello di tentare di porre in evidenza i profili innovativi dell'art. 7, del nuovo *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 36/2023), dedicato per l'appunto alla autoorganizzazione amministrativa. Si intende cercare di sondare e comprendere se l'impostazione di fondo propugnata dalla Commissione che ha lavorato alla redazione sia stata quella di superare, in termini di efficienza, i timori e la ritrosia che da più parti sono state riservate, specie sotto la previgente disciplina del 2016, alle ipotesi nelle quali i soggetti pubblici preferiscano non andare a suonare al campanello degli operatori economici. In questa prospettiva, la strada che pare più congeniale è quella di prendere l'abbrivio dal fenomeno tradizionalmente considerato opposto alla autoproduzione: la esternalizzazione o, se si preferisce, il ricorso al mercato delle commesse pubbliche. Soltanto dopo averne colto l'anatomia sarà possibile comprendere quella dell'autoproduzione, per poi,

<sup>13</sup> Sull'autoproduzione, prima della positivizzazione dell'istituto, si vv. G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1461 ss.; M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, 537 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2004; F. Dello Sbarba, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in *Federalismi.it*, 2006; S. Ferrando, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Udine, 2007; G. Della Cananea, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Bologna, 2007, 409 ss.; A. Catricalà, *Affidamenti in house: la posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *App. e contratti*, 2008, 54 ss.; F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e i suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito interno e realtà comunitaria (commento a C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211 ss.; I. Rizzo, *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile? (commento a Cons. di Stato, sez. V, 31 marzo 2009, n. 5082 sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365 sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591)*, in *Urb. e app.*, 2009, 1345 ss.; R. Caranta, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico (commento a Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07)*, in *Giur. it.*, 2009, 1251 ss.; G. Fortuna, *L'in house providing tra diritto interno e diritto dell'Unione europea (nota a margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010)*, in *Giustamm.it*, 2010.

da ultimo, delineare il rapporto tra mercato e *in house providing* e sviluppare alcune argomentazioni a sostegno della parioridazione di queste due modalità di gestione.

**2. L'anatomia del mercato delle commesse pubbliche.** La parola «mercato» è di larghissimo uso. E tuttavia non si riscontra una definizione unanime<sup>14</sup>. Le cause di questa mancanza sono molteplici; per un verso, la intrinseca valenza polisemica di un termine che deriva dal latino *mercatus*: ossia trafficare; per altro verso, la possibilità di approcciare al tema da plurime e diversissime angolazioni prospettiche, le quali fanno in modo che il termine assurga ad una sorta di assioma inespresso e inesprimibile, buono solo da impiegare quale parametro di riferimento per lo studio di aspetti più circostanziati. In questa sede non interessa ripercorrere, *funditus*, i toni del dibattito registratosi sul che cosa sia il mercato. È sufficiente limitarsi a dire che la letteratura ne restituisce grossomodo quattro grandi concezioni: il «mercato come istituzione», da intendersi come una realtà retta da proprie regole per la determinazione dei prezzi<sup>15</sup>; il «mercato come luogo», ossia come un punto (non necessariamente territoriale) in cui due gruppi di soggetti si incontrano per scambiarsi beni e servizi<sup>16</sup>; il «mercato come ideologia», vale a dire come arena conflittuale per la massima espressione delle libertà dell'uomo<sup>17</sup>; infine, il «mercato come azione sociale», da intendersi quale realtà (fisica o non fisica) basata sull'unico scopo di garantire il soddisfacimento dei bisogni e dei desideri dell'individuo<sup>18</sup>.

Non serve, inoltre, prendere posizione a favore dell'una o dell'altra teoretica. Le quattro prefate concezioni del mercato presentano punti di forza e punti di debolezza; aspetti condivisibili e altri meno condivisibili. Certo è che, fatta eccezione per quanti ne sostengono il carattere naturale (il mercato come un fenomeno estraneo al mondo giuridico), grossa parte degli studiosi oscilla tra due tesi non necessariamente antitetice: taluni concepiscono il mercato esclusivamente come una realtà artificiale creata e funzionante per il tramite di regole dettate da altre istituzioni (*in primis*, lo Stato); altri invece, pur aderendo al carattere artificiale del mercato, ammettono comunque l'esistenza di mercati configurabili come realtà naturali. La prima tesi muove dalla critica a quanti sostengono che il mercato sia una realtà autopoietica<sup>19</sup> e, di risulta, giunge a considerare i mercati come un qualcosa che non esiste *ex*

<sup>14</sup> Come ricorda molto bene M.R. Ferrarese, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, 291 ss., «il concetto di mercato è uno dei più usati dagli economisti. Anche in sociologia e, più in generale, nelle scienze sociali (scienza politica, storia, filosofia), ci si imbatte di frequente in questo termine. Ma ad un uso tanto frequente, ed esteso a discipline diverse, non corrisponde una parallela attenzione data nella letteratura a tale concetto. Generalmente il concetto di mercato viene assunto come un dato carico di riferimenti a pochi e condivisi tratti caratteristici, e viene usato senza ulteriori precisazioni o indagini analitiche. [...] Oltre a questa scarsa attenzione analitica nei confronti del concetto di mercato, un'altra caratteristica appare diffusa: la tendenza a parlare di mercato in maniera spesso allusiva, talora metaforica, e ad indicare con questo termine cose non sempre coincidenti. Il termine «mercato» si rivela insomma polisemico. La polisemia del termine «mercato» risalta ancor più se si pensa al termine «comercio», la cui valenza semantica è enormemente più ristretta: il commercio è un tipo di «pratica» bilaterale, consistente nello scambio di beni, generalmente per fini di lucro».

<sup>15</sup> K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Torino, 1974; Id., *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo dell'economia nelle società antiche*, Torino, 1983.

<sup>16</sup> W. Neale, *Il mercato nella teoria e nella storia*, in K. Polanyi (a cura di), *Traffici e mercati negli antichi imperi*, Torino, 1978; G. Santini, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988.

<sup>17</sup> R. Dahl, *La democrazia economica*, Bologna, 1989.

<sup>18</sup> F. Hirsch, *I limiti sociali allo sviluppo*, Milano, 1981; A.O. Hirschman, *Lealtà, defezione, protesta*, Milano, 1982; Id., *Felicità privata e felicità pubblica*, Bologna, 1983.

<sup>19</sup> G. Alpa, *Il mercato come forma giuridica*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 3, 2015, 212, osserva, con prosa suggestiva e caustica, che quanti si sono lasciati stregare dal concetto della mano invisibile «sono portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di autopoiiesi e di ineluttabilità, alla quale si

*nibilo*, ma la cui esistenza dipende da altre istituzioni indubbiamente artificiali: le regole giuridiche e la moneta<sup>20</sup>. La seconda concezione, invece, pur ammettendo il carattere tendenzialmente artificiale dei mercati, quali luoghi che nascono e funzionano grazie a regole e istituti giuridici, non esclude l'esistenza di luoghi «dove c'è il mercato ma non c'è ancora il diritto» (c.d. *grey markets*), ma solo auto-regole formate dagli operatori che in quel luogo si muovono per trafficare<sup>21</sup>. Tali coordinate generali conducono ad una domanda assai ficcante. Quali sono le caratteristiche del mercato dei contratti pubblici? È un luogo dove avvengono degli scambi; su questo non ci sono dubbi. Il volume dei traffici economici che si registrano all'interno di esso rappresenta circa il 13 per cento del PIL dei Paesi OCSE<sup>22</sup>.

Pur volendo arrivare ad ammettere l'esistenza di mercati naturali (c.d. *grey markets*), quello delle commesse pubbliche costituisce senz'altro il più paradigmatico esempio di «mercato artificiale». Questa è la sua prima grande caratteristica. Tanto che non è azzardato persuadersi del fatto che, prima ancora che fenomeno economico, debba considerarsi un fenomeno procedimentale e organizzativo<sup>23</sup>, tutto creato e guidato da principi, regole giuridiche e procedure<sup>24</sup>. Dire questo, però, equivale a dire poco o nulla di veramente significativo.

---

applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica; il mercato come una realtà all'interno della quale si nasce, si vive, si lavora, si gioca, si lotta, si muore, come se fosse una porzione della natura, che avrebbe, senza l'intervento dell'uomo, una sua vita propria, frutto delle forze spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo equilibri, talvolta essendo percorse da tempeste e rivoluzioni, comunque evolventisi secondo proprie logiche, o proprie leggi, che avrebbero il loro corso naturale se non vi fosse l'intervento umano».

<sup>20</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

<sup>21</sup> G. Rossi, *Diritto e mercato*, in *Riv. Soc.*, 1998, 1443 ss.

<sup>22</sup> OCSE, *Public procurement performance. A framework for measuring efficiency, compliance and strategic goals*, 2023.

<sup>23</sup> Le ragioni tecniche alla base della scelta dei *policy maker* di riempire, quasi soffocare, di regole e criteri il funzionamento del mercato delle commesse pubbliche sono di duplice ordine. La prima fonda sulla c.d. «teoria dell'agenzia o teoria dell'agente», per la quale il diverso livello di informazione di cui dispongono i vertici dell'amministrazione rispetto ai funzionari deputati alla gestione degli approvvigionamenti potrebbe anche indurre questi ad adottare opportunisticamente soluzioni, a loro più convenienti, ma a discapito delle effettive esigenze dell'apparato di cui fanno parte; per evitare simili inconvenienti si è allora pensato di incanalare – secondo un'impostazione weberiana e tayloristica – le scelte e i comportamenti all'interno di sequenze di regole e di criteri sempre più minute, con la paradossale conseguenza di produrre conseguenze perniciose: per dirla col Kelman, la prevalenza dei *contrasints* (l'aderenza ai vincoli formali) sui *goals* (il raggiungimento dell'obiettivo principale per il quale si ricorra al mercato al fine di approvvigionarsi). Sul punto, in argomento, A. Ackere, *The principal/agent paradigm: Its relevance to various functional fields*, in *European Journal of Operational Research*, 1993, 83 ss.; K.J. Arrow, *The economics of agency*, in J. Prattr (a cura di), *Principals and agents: The Structure of business*, Boston, 1985, 37 ss.; J. Boston, J. Martin, P. Pallot, P. Walsh, *Public management: The New Zealand model*, New York, 1996; J. Dilulio, *Principle agents: The cultural bases of behavior in a federal government bureaucracy*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1994, 277ss; R.A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1974, 335 ss.; J. Pratt, R. Zeckhauser, *Principals and agents: The structure of business*, Boston, 1985; J. Stiglitz, *Principal and agent*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (a cura di), *The new Palgrave: A dictionary of economics*, Londra, 1987. La seconda ragione – come ricorda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, 289 – risiede invece nel «timore che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, siano naturalmente indotte a comportamenti discriminatori perché istituzionalmente incardinate in un sistema a indirizzo politico e ambientalmente vicine alle pressioni locali (e ciò a prescindere da vicende patologiche)»; per il tramite di un fitta trama di regole si mira, dunque, a ridurre i possibili condizionamenti provenienti da gruppi di pressione e, nondimeno, quelle asimmetrie informative di cui soffrono normalmente i committenti pubblici rispetto agli operatori privati.

<sup>24</sup> Nel mercato delle commesse pubbliche possono accedervi soltanto operatori che abbiano determinati requisiti, l'incontro tra la domanda e l'offerta avviene nell'ambito di apposite procedure, la selezione dell'offerta è guidata da taluni criteri, l'esecuzione del contratto è soggetta ad una apposita disciplina, a presidiare sulla corretta gestione delle procedure è preposta una architettura istituzionale fatta di corpi pubblicistici dotati di

Occorre individuare le altre caratteristiche che accompagnano, in certo senso meglio declinandola, la artificialità del mercato in questione.

Gli è, in effetti, che la seconda caratteristica del mercato dei contratti pubblici è quella di essere un «mercato pubblico», ricomprensivo della categoria dei mercati istituzionali (c.d. *institutional market*), nei quali vengono acquistati lavori, beni e servizi diretti al soddisfacimento degli interessi della collettività, come di quella dei mercati governativi (c.d. *government market*), nei quali sono acquistati beni o servizi strumentali al soddisfacimento diretto dei bisogni dell'apparato e, in via mediata, degli interessi della collettività di riferimento. Il carattere pubblico rappresenta una invariante. Non potrà esservi un mercato di contratti pubblici se la domanda di approvvigionamento non provenga da uno di quei soggetti ascrivibili alla categoria delle stazioni appaltanti od enti concedenti (amministrazioni centrali, amministrazioni su-centrali, organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche)<sup>25</sup>.

La terza caratteristica, poi, risiede nell'essere un «mercato poli-teleologico». Nel corso del tempo è passato dall'essere uno spazio di mere negoziazioni finalizzate principalmente (se non esclusivamente) a consentire alle amministrazioni pubbliche dei risparmi di cassa, all'essere un ambito nevralgico dell'intervento pubblico nell'economia. Le amministrazioni che decidono di approvvigionarsi sul mercato non possono considerarsi in una posizione di completa identità con quella di un qualunque contraente privato. Se in presenza di contrattazioni tra privati gli *animal spirits* di keynesiana memoria incontrano pochi ed essenziali limiti, potendo sprigionarsi e sbizzarrirsi, la stessa cosa non può dirsi quando la controparte contrattuale sia una pubblica amministrazione. Quando questa ricorre al mercato non può avere di mira soltanto l'aggiudicazione e l'esecuzione del migliore contratto possibile. Non può seguire, cioè, uno schema comportamentale di tipo piatto e lineare, ma piuttosto uno schema comportamentale a costellazione. Vero è che l'obiettivo principale che i committenti pubblici debbono avere è quello di addivenire al miglior contratto possibile. Ma è pure vero che nel perseguire questo obiettivo debbono tenere in considerazione gli altri che orbitano, inevitabilmente, attorno a quello: p. es., l'integrità e la prevenzione di corrottele, la parità di trattamento tra operatori economici, la valorizzazione di parametri sociali, ambientali e di innovazione tecnologica e, se del caso, l'apertura al commercio internazionale, etc.<sup>26</sup>.

La quarta caratteristica è quella di essere un «mercato cofanetto» o «mercato veicolo». Quello delle commesse pubbliche è un luogo di incontro di domande pubbliche e di offerta merceologicamente monco, ancorché potenzialmente pluri-merciologico. Considerato isolatamente non è capace di offrire alcunché; vi si potrà trovare soltanto principi, regole e procedure. Ma niente di utile a soddisfare, in via immediata, le esigenze sottese alla domanda pubblica. Questo mercato nasce come privo di capacità intrinsecamente soddisfattive. L'unica sola capacità di cui è dotato è quella modellante. Perché possa acquisire l'attitudine a soddisfare le esigenze dedotte nella domanda occorre un meccanismo di aggancio e di innesto. I lavori, i servizi o le forniture domandati dal soggetto pubblico potranno essere

---

poteri di coordinamento, monitoraggio e indirizzo (p. es., la Cabina di Regia della Presidenza del Consiglio dei Ministri), di vigilanza, controllo, qualificazione e consultive (p. es., l'ANAC), etc.

<sup>25</sup> Il carattere pubblico del mercato emerge (esplicitamente o implicitamente) molto bene in R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012 e, più di recente, in L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 72 ss.

<sup>26</sup> Per alcuni interessanti riflessioni, che valgono a confermare tale caratteristica, si v. O. Martin-Ortega, C.M. O'Brien (a cura di), *Public Procurement and Human Rights: Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Cheltenham-Northampton, 2019; E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, 2021.

acquisiti soltanto a condizione che i principi, le regole e le procedure che ne costituiscono l'unico vero contenuto vadano ad agganciarsi e ad innestarsi «al» e «sub» sottostante mercato merceologico di riferimento. Avvenuto ciò, andrà a modellare, alle regole sue proprie, le dinamiche mercantili che guidano l'agire degli operatori privati presenti in quel determinato comparto dell'economia.

Infine, la quinta (e probabilmente più importante) caratteristica è quella di essere un «mercato ad attivazione condizionata» e a «funzionamento alternante». In tutti i Paesi dotati di una regolazione sufficientemente matura, il mercato dei contratti pubblici è concepito come un qualcosa che potrebbe, in potenza, restare in una condizione di perenne ibernazione. Le amministrazioni pubbliche — in via teorica — potrebbero non avvertire mai l'esigenza di ricorrere ad operatori economici, optando per una scelta interna. Esercitando quella capacità giuridica generale di cui sono dotate<sup>27</sup> potrebbero decidere di eseguire, con proprie strutture, i lavori, i servizi e le forniture di cui abbisognano. Evidentemente è una eventualità che nella realtà pratica è difficile, se non impossibile, che accada sempre e comunque<sup>28</sup>. Ma resta il fatto (non trascurabile) che il mercato delle commesse pubbliche viene attivandosi solo quando le amministrazioni ritengano di avere bisogno delle prestazioni degli operatori privati. L'intervento pubblico nel settore delle commesse pubbliche risponde quindi ad una logica costitutiva e non correttiva: la domanda pubblica è condizione necessaria affinché le logiche e le dinamiche proprie del mercato delle commesse pubbliche passino da una dimensione letargica ad una dimensione dinamica. Fin tanto che non sussista la domanda pubblica, questo mercato deve considerarsi un prodotto artificiale non auto-efficace, con la conseguenza che tutte le altre modalità gestionali per l'organizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture debbono considerarsi estranee (più che escluse) dall'ambito applicativo della regolazione giuridica dettata per il funzionamento di detto mercato.

**3. L'anatomia della autoproduzione nella previgente regolazione dei contratti pubblici (e nelle altre discipline di settore).** Quanto si è detto può considerarsi in questa sede bastevole per passare all'anatomia della autoproduzione (c.d. *in house providing*), pretermettendo, o comunque riducendo al minimo, molti degli aspetti ampiamente arati. Ognun sa che l'autoproduzione designa le ipotesi nelle quali le organizzazioni pubbliche decidono di eseguire lavori, servizi o forniture avvalendosi di soggetti da esse controllati, anziché ricorrere, mediante apposite procedure competitive, alle prestazioni che potrebbero essere rese dagli operatori di mercato<sup>29</sup>. L'origine di questo istituto è relativamente risalente.

<sup>27</sup> Tra le prime pronunce con le quali è stata ammessa l'esistenza di una (potenzialmente illimitata) capacità generale delle pubbliche amministrazioni merita di essere segnalata Cons. Stato, Sez. VI, n. 6073/2001, in cui è stata esclusa l'esistenza del divieto per le pubbliche amministrazioni di porre in essere contratti innominati o misti, in quanto «se ciò fosse vero, le amministrazioni non potrebbero addirittura stipulare alcun contratto di tesoreria, che è un contratto atipico (a prescindere dalle specifiche clausole dello stesso). In realtà, pur dovendo le p.a. operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alle stesse di operare anche con contratti atipici ed anzi il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione, anche con riferimento ai contratti atipici».

<sup>28</sup> Ciò a causa di diversi fattori: la limitatezza delle risorse finanziarie di cui soffrono gran parte dei soggetti pubblici, la ancora troppo ridotta presenza di uffici attrezzati tecnicamente per provvedere da sé, ma soprattutto la circostanza per la quale le organizzazioni pubbliche non sono tenute a fare il progresso tecnico e tecnologico, quanto piuttosto a promuoverlo con strumenti *lato sensu* di incentivazione alla impresa privata.

<sup>29</sup> Tra i moltissimi, si rinvia a A. Bartolini, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. it.*, 2014, 1995 ss.; S. Foà, D. Greco, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *Federalismi.it*, 2015; G. Pescatore, *L'inedito modello dell'in house orizzontale*, in

Fu menzionato, per la prima volta, nel *Libro Bianco* sugli appalti del 1998, per poi essere meglio declinato dalla giurisprudenza europea.

Con la celeberrima sentenza *Teckal*, resa dalla Corte di giustizia europea il 18 novembre 1999, si ammise la possibilità di derogare alla evidenza pubblica in tutte le ipotesi in cui fosse stato possibile individuare la contestuale esistenza di due condizioni: il «controllo analogo» esercitato dall'amministrazione committente sul soggetto aggiudicatario; «l'attività prevalentemente» svolta da quest'ultimo in favore della prima<sup>30</sup>. Già da allora era quindi possibile coglierne la doppia anima: «modulo d'azione», ossia un procedimento amministrativo che conduce il soggetto pubblico — senza esperimento di una gara — ad affidare una commessa pubblica ad un determinato soggetto interno, e «modello organizzativo», ossia un'entità che, per essere assoggettata ad un controllo analogo a quello che la pubblica amministrazione esercita sui propri uffici interni, rende legittima l'attribuzione diretta di una commessa pubblica.

Fino all'ultima generazione di direttive europee, l'autoproduzione era solo un prodotto giurisprudenziale. Non aveva una disciplina positiva. È soltanto all'indomani dell'adozione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che sono state adottate delle norme che, recependo gran parte degli indirizzi giurisprudenziali frattanto formatasi, hanno introdotto una disciplina puntuale dell'autoproduzione. Il primo veicolo normativo con il quale l'Italia ha recepito la c.d. quarta generazione delle direttive in materia di contratti pubblici è stato l'ormai abrogato d.lgs. n. 50/2016<sup>31</sup>. Invero, l'art. 5 fissava le condizioni

*Treccani.it*, 2015; C. Volpe, *L'affidamento in house. Questioni aperte sulla disciplina applicabile*, in *Giustamm.it*, 2014; C. Contessa, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. 2015; D. Andracchio, *Lo Stato autoproduttore. Dalle origini giurisprudenziali alla codificazione dell'in house providing*, in *Rass. Adv. St.*, 2016, 171 ss.; M. Pizzi, *Affidamenti in house*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, 743 ss.

<sup>30</sup> La sentenza *Teckal* ha poi inaugurato una lunga stagione di arresti giurisprudenziali preordinati a meglio perimetrare il contenuto dei due requisiti dell'*in house providing*. Solo per citarne alcune delle più significative, si possono ricordare, in stretta linea di progressione cronologica, la sentenza *Stadt Halle*, sull'esclusione del capitale privato, la sentenza *Coname*, sulla partecipazione esigua al capitale sociale, la sentenza *Carbotermo*, sull'affidamento *in house* indiretto, la sentenza *Asemfo*, sul controllo analogo congiunto, etc. La combinazione degli elementi elaborati dalla giurisprudenza europea e nazionale aveva restituito delle precise coordinate in punto di controllo analogo e di attività prevalente. Il primo poteva intendersi integrato allorché «a) lo statuto dell'ente affidataria della commessa non consenta che una quota del capitale sociale possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione abbia rilevanti poteri gestionali ed all'ente affidante sia consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale; c) l'ente affidatario non possa acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente affidante attraverso, tra l'altro, la possibilità dell'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura di capitali, l'espansione territoriale dell'attività sociale; d) le più importanti decisioni degli organi societari siano sottoposti al vaglio preventivo dell'ente affidante». Il secondo, invece, ricorreva tutte le volte in cui l'ente domestico al quale era stata affidata, senza applicazione delle norme sul mercato dei contratti pubblici, la commessa «si fosse astenuto dall'espletare la sua attività in favore di soggetti diversi rispetto alla pubblica amministrazione controllante ovvero qualora li espletasse in favore di soggetti diversi rispetto all'amministrazione controllante, ma in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori dalla competenza territoriale dell'ente controllante».

<sup>31</sup> Tralasciando i numerosi scritti dedicati a specifici istituti, per una analisi complessiva delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici del 2016 ci si limita a rinviare a G.M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Bologna, 2017; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017; M.A. Sandulli, R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna, 2020; F. Caringella, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazione*, Roma, 2019; F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2019; F. Sciarretta (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: frammenti di disciplina tra approccio europeo e logiche nazionali*, Bologna, 2021; F. Armenante, *Le*

generali degli affidamenti *in house*. In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avrebbero dovuto esercitare sulla persona giuridica affidataria una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica affidataria. In secondo luogo, oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica affidataria dovevano essere effettuate nello svolgimento dei compiti affidate dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche comunque controllate da quest'ultima. In terzo luogo, nella persona giuridica affidataria non doveva esservi alcuna partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportassero un controllo o un potere di veto<sup>32</sup>. Al contempo, la previgente disciplina aveva introdotto, all'art. 192, un peculiare «meccanismo amministrativo di vigilanza-controllo» sugli affidamenti *in house* sottoposto al governato dall'ANAC. Innanzitutto, le amministrazioni che intendessero effettuare affidamenti *in house* dovevano domandare l'iscrizione in un apposito elenco tenuto dall'ANAC<sup>33</sup>. Di poi, era contemplato un duplice obbligo: l'obbligo di compiere una preventiva valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* e l'obbligo di una motivazione rafforzata, dovendo dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività, 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.

Sino a qui la disciplina dei contratti pubblici. L'evoluzione della disciplina nazionale sull'*in house providing* non si è, però, esaurita nel codice dei contratti pubblici del 2016. È continuata, piuttosto, per effetto di altri due testi legislativi: l'uno che guarda all'*in house* nella sua dimensione di «modello organizzativo», l'altro nella sua dimensione di «modello gestionale». Il primo di essi è il d.lgs. n. 175/2016, nel quale sono fissati alcuni punti fermi su quella che è la forma giuridica (in larga parte prevalente) delle entità *in house*: quella delle società<sup>34</sup>. Superato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale l'entità domestica (ossia *in house*) si atterrebbe «alla stregua di un organo od ufficio, privo di soggettività, dell'ente pubblico

---

*procedure di affidamento dei contratti pubblici*, Milano, 2020; A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020; G. Perulli (a cura di), *Contratti pubblici*, Torino, 2021.

<sup>32</sup> Per giunta, alla tradizionale ipotesi di *in house providing*, evocativa del rapporto tra una amministrazione aggiudicatrice che affida direttamente una commessa pubblica ad una persona giuridica (pubblica o privata) governata e indirizzata al pari di un ufficio interno, il previgente codice dei contratti pubblici riproponeva pedissequamente le diverse tipologie di autoproduzione contemplate dalle direttive europee: l'*in house* pluripartecipato, nella quale il controllo analogo sull'entità domestica è esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici; l'*in house* indiretto, nel quale l'amministrazione aggiudicatrice esercita, con la intermediazione di una altra persona giuridica comunque controllata, il controllo analogo sull'ente domestico cui è affidata la commessa pubblica; l'*in house* inverso, che invece ricorre quando la commessa pubblica si affida direttamente da una entità domestica all'amministrazione pubblica che esercita il controllo analogo sulla prima; l'*in house* orizzontale, che invece ricorre allorché la commessa pubblica sia affidata direttamente da un ente domestico ad altro ente domestico, entrambi soggetti al controllo analogo di una medesima amministrazione pubblica.

<sup>33</sup> Cons. Stato, comm. spec., n. 282/2017, ha chiarito che tale una iscrizione non doveva intendersi quale «un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un titolo abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti, avendo piuttosto una duplice rilevanza: da un lato, consentire *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimento preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore; dall'altro, innescare una fase di controllo dell'ANAC tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa, comunitaria e nazionale, subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato».

<sup>34</sup> In dottrina, anche per la bibliografia ivi richiamata, A. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donativi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, *Le società in house*, Napoli, 2020.

partecipante»<sup>35</sup> in favore dell'opzione secondo cui «la relazione interorganica sussistente tra l'ente pubblico e la società *in house* non incide sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione, dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti (quello pubblico e quello privato) sul piano giuridico formale»<sup>36</sup>, il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (TUSP) disciplina l'organizzazione (ribadendo i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente), l'attività (possono avere come oggetto sociale l'erogazione di servizi di interesse generale, progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma, autoproduzione di beni e servizi strumentali, servizi di committenza) e il regime giuridico di altri rilevanti aspetti (la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti, l'assoggettamento alla procedure per le crisi d'impresa)<sup>37</sup>.

Il secondo, poi, è costituito dal d.lgs. n. 201/2022, recante *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cui si è giunti dopo un lungo periodo di arresto dovuto alla pronuncia della Corte costituzionale n. 251/2016<sup>38</sup>. A distanza di qualche anno è stata quindi adottata — con l'art. 8, l.n. 118/2022 — una nuova delega, che ha condotto all'adozione del summenzionato Testo unico dei servizi pubblici locali, contribuendo, non poco, a mettere ordine nella disorganica disciplina che regolava la materia<sup>39</sup>. A tacer d'altro, la nuova disciplina<sup>40</sup> contempla quattro modalità di gestione (affidamento a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica, affidamento a società mista, affidamento a società *in house*, gestione in

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. II, n. 4728/2020.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, n. 5346/2019.

<sup>37</sup> Sul tema si vv. G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il Testo unico delle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 165 ss.; AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 149 ss.; F. Fimmanò, A. Catricalà, *Le società pubbliche. Ordinamento e disciplina alla luce del Testo Unico*, Napoli, 2017; F. Cerioni (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Bari; G. Morbidelli, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; C. Ibba, I. Demuro, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Modena, 2018; R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, *Le società pubbliche*, Napoli, 2020.

<sup>38</sup> Con la menzionata pronuncia, la Corte costituzionale, sindacando la legittimità della l. delega n. 241/2016, è giunta a riscontrarne la legittimità nella parte in cui aveva previsto che per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali fosse sufficiente il parere, piuttosto che l'intesa in sede di Conferenza unificata.

<sup>39</sup> La dottrina sull'argomento è sterminata. Senza nessunissima pretesa di esaustività, ci si limita qui a rinviare a D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.; M. Cammelli, A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; G. Di Giandomenico, R. Fagnano, G. Ruta (a cura di), *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1997; M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 181 ss.; V. Martelli, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; G. Di Gaspare, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 197 ss.; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; A. Niutta, A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss.; F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999; C. San Mauro, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, Milano, 2003; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 208; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 938 ss.; L. Ammannati, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1709 ss.; G. Caia, *La disciplina dei servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 155 ss. G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5527 ss.; F. Gigliani, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008; M. Passalacqua (a cura di), *Il disordine dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2016.

<sup>40</sup> Per una analisi della nuova disciplina si v. A. Molinerti, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2023, 478 ss. e P. Chirulli, *Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023, 295 ss.

economia o mediante aziende speciali) e, con specifico riguardo agli affidamenti *in house*, prevede una serie di incombenze (specie, in punto di motivazione della scelta)<sup>41</sup> che imprimono a questa modalità una qualche connotazione di eccezionalità e derogatorietà.

**4. Un pendolo continuo: il rapporto tra il ricorso al mercato delle commesse pubbliche e all'*in house* providing.** Le considerazioni sino a qui svolte consentono di comprendere un pò di cose sul mercato delle commesse pubbliche e sulla autoproduzione. Da sole non sarebbero, però, in grado di fare chiarezza su quella che — come si è avuto modo di dire all'inizio — è la più problematica questione che viene ponendosi: il rapporto tra il ricorso al mercato e il ricorso alla autoproduzione. La giurisprudenza e la dottrina, complice il legislatore, non hanno mai assunto un atteggiamento univoco. Il contrario, semmai. Dalla sua prima comparsa sino ai giorni nostri, l'autoproduzione è stata concepita, con un fare altalenante, in diversissimi modi rispetto al mercato o, se si preferisce, rispetto alla concorrenza nell'accezione tipicamente stigleriana di «gara»<sup>42</sup>. I modi di intendere l'autoproduzione hanno sempre oscillato tra due punti estremi: ora la si è concepita come modalità ordinaria e non eccezionale, ora come soluzione derogatoria e residuale, ora come opzione di base, ora come modalità solo tendenzialmente parificata alla gara, ora come soluzione subordinata e secondaria, ora ancora come antecedente logico rispetto a qualsiasi altra soluzione<sup>43</sup>.

I motivi di questa claudicanza risiedono nella assoluta rilevanza dei valori coinvolti: da un lato, il principio della libera organizzazione delle autorità pubbliche e, dall'altro lato, il principio della concorrenza<sup>44</sup>. L'uno e l'altro sono riconosciuti dall'ordinamento europeo, ma

<sup>41</sup> In primo luogo, l'obbligo (per gli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie) di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando 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*. In secondo luogo, l'obbligo (per i servizi pubblici a rete) di adottare un asseverato piano economico-finanziario che contenga la proiezione dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, nonché la specificazione dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio.

<sup>42</sup> G. Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *Journal of Political Economy*, 1957, 150 ss.

<sup>43</sup> A mero titolo esemplificativo, TAR Lombardia, Sez. I, n. 329/2021, ha sancito che «l'art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara d'appalto, consentendo tali affidamenti solo in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento. Tale preferenza riservata all'evidenza pubblica, peraltro, è stata ritenuta non contrastare né con il diritto dell'Unione Europea né con la Carta Costituzionale. Invero, la Corte di Giustizia ha chiarito che, come il diritto dell'Unione Europea non obbliga gli Stati membri a esternalizzare la prestazione dei servizi, così non li obbliga a ricorrere sempre e comunque all'autoproduzione, ben potendo questa essere subordinata dal legislatore nazionale ad una serie di ulteriori condizioni». All'opposto, Cons. Stato, Sez. VI, n. 762/2013; Cons. Stato, Sez. V, n. 257/2015; Cons. Stato, Sez. V, n. 3554/2017, hanno ritenuto che l'*in house providing* costituisca una modalità ordinaria e non eccezionale.

<sup>44</sup> Il primo si sostanzia nella possibilità delle organizzazioni pubbliche di decidere liberamente il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi scegliendo tra diverse opzioni: avvalersi delle proprie risorse, agendo in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o conferendoli ad operatori economici esterni. Il secondo invece implica la massima partecipazione possibile, in condizioni di parità, pubblicità e trasparenza, degli operatori privati che possono rendere le prestazioni domandate dall'amministrazione pubblica. In dottrina, G. Urbano, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing, tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012.

la loro contemperazione non è agevole, dal momento che la concorrenza per il mercato non può aversi, per evidenti ragioni logiche, le volte in cui le amministrazioni optano per l'*in house*. Nell'intento quindi di trovare un punto di equilibrio, ci si è sbizzarriti non poco. L'orientamento che sostiene il carattere ordinario dell'*in house providing* osserva che nel diritto europeo l'autoproduzione e l'esternalizzazione sono poste sullo stesso piano e l'alternativa tra le due opzioni è rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni, tanto che la decisione di ricorrere ad una struttura controllata sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente illogica, irragionevole e arbitraria. Sia pure con qualche voce discordante, secondo cui l'*in house* era da considerarsi una eccezione alla gara, questa è stata la tesi dominante fino all'adozione nel 2016 del *Codice dei contratti pubblici*<sup>45</sup>. Per converso, all'indomani della sua adozione, la tesi che è venuta, via via, prendendo piede è stata quella secondo cui l'*in house* costituisse una soluzione derogatoria, subordinata ed eccezionale rispetto alla esternalizzazione. E questo sebbene le direttive europee del 2014 abbiano chiarito che nessuna delle disposizioni obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di lavori, beni e servizi.

Che cosa ha determinato questo mutato atteggiamento? La risposta sta nell'obbligo di motivazione rafforzata e stringente che era imposto dalla previgente disciplina<sup>46</sup>. Il terreno privilegiato su cui è venuto giocandosi il tipo di configurazione (modalità ordinaria ovvero derogatoria) da imprimere all'autoproduzione rispetto alla esternalizzazione ha coinciso con la motivazione (tradizionale ovvero rafforzata) cui obbligare l'amministrazione committente. Ne sono riprova le due pronunce rese — a distanza di poco tempo l'una dall'altra — dal giudice europeo e dal giudice costituzionale. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia Ue del 6 febbraio 2020, C-89/19 a C-91/19 e alla sentenza della Corte costituzionale n. 100/2020.

Il giudice europeo, pronunciandosi su una questione pregiudiziale con la quale il Consiglio di Stato aveva dubitato della compatibilità euro-unitaria dell'art. 192<sup>47</sup>, ha ritenuto che la

<sup>45</sup> Cfr. Corte Giust., Sez. IV, sentenza 8 dicembre 2016, C-553/15 nonché Corte Giust., Sez. V, sentenza 8 maggio 2014, C-15/13, con cui si è statuito che «l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, ossia la libera circolazione delle merci e dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, implica l'obbligo di applicare le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalle direttive pertinenti» e, quindi, «qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo deve essere interpretata restrittivamente».

<sup>46</sup> L'iscrizione in un apposito elenco dell'ANAC e l'obbligo di motivare la scelta di ricorrere all'*in house* che erano contemplati sotto il previgente *Codice dei contratti pubblici* hanno indotto Cons. Stato, Sez. III, n. 2102/2021 ad affermare che «l'art. 192, c. 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50/2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi: a) l'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, posto il carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato fallimento del mercato; b) l'obbligo di indicare gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, dato lo sfavore dell'ordinamento italiano verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, da relegarsi ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese».

<sup>47</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 138/2019, ha osservato come «l'affidamento *in house* è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e di autoproduzione, così che tale affidamento rappresenterebbe non già un'eccezione residuale, bensì un'opzione di base allo stesso titolo dell'affidamento a terzi mediante gara d'appalto. Anzi, l'*in house* rappresenterebbe una sorta di antecedente logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o di esternalizzazione dei servizi di proprio interesse, dato che un'amministrazione può procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o

normativa europea sui contratti pubblici dovesse essere interpretata 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»<sup>48</sup>. In disparte ogni altra considerazione, è una pronuncia evasiva e affetta da sfumature argomentative intrinsecamente contraddittorie. Pure affermando che allo stesso modo di «come la direttiva 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 non ne sono soddisfatte le condizioni», il giudice europeo si è invero sottratto dall'indagare compiutamente se l'obbligo di motivazione rafforzata finisse, nei fatti, col limitare il ricorso ad una delle modalità attraverso cui le amministrazioni possono liberamente domandare lavori, servizi o forniture (ossia l'autoproduzione) e, di risulta, è giunto con l'imprimere una gerarchia preferenziale tra quelle modalità: la gara quella da preferirsi, mentre le altre (*in house* e cooperazione pubblico-pubblico) la deroga.

Del pari, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 192 del *Codice* del 2016 per violazione, in rapporto all'art. 76 Cost., dell'art. 1, c. 1, lett. a), della l. delega n. 11 del 2016, che pone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*), l'ha ritenuta infondata. Nel premettere che «il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione degli oneri non necessari, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali», ha statuito che la disposizione della cui legittimità costituzionale si è dubitato costituisse «espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali»<sup>49</sup>. Diversamente da *decisum* europeo, quello del giudice costituzionale era un esito, in certa misura, prevedibile. Perché? Due elementi su tutti: il primo è che tra le regole non scritte della Corte costituzionale v'è «l'ossessione per il precedente»<sup>50</sup>; il secondo è che, appunto con due precedenti del 2010 e del 2013, il giudice delle leggi aveva statuito la possibilità di «introdurre limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie»<sup>51</sup>, in quanto «eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica»<sup>52</sup>.

---

forniture soltanto una volta che le vie interne dell'autoproduzione o dell'internalizzazione non si siano dimostrate percorribili o utilmente percorribili».

<sup>48</sup> Per un interessante commento alla pronuncia, B. Mameli, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.

<sup>49</sup> In dottrina, si vv. S. Castrovinci Zenna., *Sull'affidamento in house a favore di società a totale partecipazione pubblica nella prospettiva del riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 2020, 1305 ss.; V. Apicella, A. Paiano, *Il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada: affidamento in house e oneri motivazionali*, in *Munus*, 2021, 159 ss.; M. Paoletti., *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Sanzioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2020; A. Indelicato, *Considerazioni in tema di house providing alla luce della recente pronuncia della Corte costituzionale*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2020; G. Ruberto, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2021.

<sup>50</sup> S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

<sup>51</sup> Corte cost., n. 325/2010.

<sup>52</sup> Corte cost., n. 46/2013.

Ora, nei primi mesi dell'epoca dei grandi cambiamenti imposti dalla ripresa post-pandemica e dall'esigenza di pianificare e programmare con *Milestone* e *Target* le riforme e gli interventi, il fenomeno dell'autoproduzione sembrava dunque vivere una «fase proscrittiva»: non una delle normali modalità attraverso organizzare lavori, servizi e forniture, bensì una modalità derogatoria e subordinata rispetto al ricorso al mercato. Se non fosse che al momento dell'adozione del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), il Governo ha ritenuto di propugnare un atteggiamento più neutrale. Nelle oltre duecento pagine della prima versione del PNRR italiano il riferimento all'autoproduzione compare cinque volte<sup>53</sup>. L'approccio riservato è stato modellato sulla base dei settori presi in considerazione: all'atteggiamento più indulgente riservato in materia di concessioni autostradali, ove viene fatto riferimento — si badi — ai presupposti europei dell'autoproduzione, e non già a quelli più stringenti contemplati dal precedente *Codice* del 2016, segue l'atteggiamento più rigido riservato allo stesso nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Ma che il mondo delle strutture *in house* non sia stato ostracizzato trova conferma — ove mai ve ne fosse stato bisogno — nella *Governance* del PNRR disegnata dal d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021 ss.mm.ii.<sup>54</sup> A parte il «supporto tecnico-operativo» che le amministrazioni nazionali, regionali e locali possono richiedere alle società a prevalente partecipazione pubblica<sup>55</sup>, le stesse possono avvalersi altresì, mediante apposita convenzione, del «supporto tecnico-operativo» delle società *in house*<sup>56</sup>. E cosa viene richiesto, in termini di obblighi motivazionali, per il ricorso alle società *in house*? Una motivazione, certo. Ma una motivazione meno rafforzata di quella imposta dal *Codice* del 2016, stabilendosi che «la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche». Non ci si può non avvedere che, per il supporto tecnico-operativo che le società *in house* possono prestare nell'ambito PNRR,

<sup>53</sup> Nella versione originaria del PNRR si fa riferimento all'*in house* quando si propone di «rafforzare la capacità operativa del nuovo Ministero della transizione ecologica, anche consentendo allo stesso di razionalizzare il ricorso all'apporto di società in house, Enti pubblici di ricerca ed altri Enti pubblici operanti nel settore della transizione ecologica»; ancora, quando si propone, «in materia di concessioni autostradali, di prevedere gare competitive per gli affidamenti, fatti salvi i presupposti europei per l'*in house*»; infine, quando si propone «in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, di promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che in primo luogo chiarisca il concetto di servizio pubblico e che assicuri — anche nel settore del trasporto pubblico locale — un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'*in house providing*. In questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di autoproduzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'*in house* dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione».

<sup>54</sup> Si v. R. Lo Conte, *L'in house providing come modello di gestione e attuazione dei programmi del PNRR*, in *Dir. e prat. amm.*, 4, 2022, 42 ss.; G. Mocavini, *L'assistenza delle società a partecipazione pubblica nell'attuazione del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2022, 728 ss. Più in generale, sulla governance del PNRR, N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *Federalismi.it*, 2022.; A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quad. cost.*, 2022, 732 ss.; R. Perez, *L'amministrazione del Piano di ripresa e resilienza*, in *Gior. dir. amm.*, 2022, 595 ss.; G. Piccirilli, *Il PNRR come procedimento euro-nazionale e la "fisarmonica" governativa*, in V. Di Porto, F. Pammolli, A. Piana (a cura di), *La fisarmonica parlamentare tra pandemia e PNRR*, Bologna 2022, 137 ss.; M. Macchia, *La governance del Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 733 ss.; Id., *L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 445 ss.; V. Bontempi, *L'amministrazione centrale alla prova della governance per il PNRR: attualità e prospettive*, in *Dir. cost.*, 2022, 65 ss.; C. Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2021, 729 ss.

<sup>55</sup> Cfr., art. 9, d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021.

<sup>56</sup> Cfr., art. 10, d.l. n. 77/2021, conv. in l.n. 108/2021.

l'amministrazione che domanda il loro ausilio non è tenuta a dare conto «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», dovendo limitarsi a dare conto del risparmio di tempo e di denaro e, nel fare questo, è altresì agevolata da una precisa indicazione legislativa sul *benchmark* di riferimento: gli *standard* di Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.

**5. L'autoproduzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici.** È in questo quadro entropico che si inserisce, in una logica semplificatoria<sup>57</sup>, il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023<sup>58</sup>. È il frutto di un inteso lavoro svolto dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato, alla quale hanno preso parte magistrati amministrativi, esperti esterni, rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura Generale dello Stato<sup>59</sup>. Il profilo connotato da maggiore portata innovativa è senza dubbio quello di avere codificato i principi che sovrintendono all'intera materia<sup>60</sup>. Tali principi possono distinguersi in due gruppi: da un lato, i principi-cardine (o super-principi), assiologicamente posti su un piano di tendenziale sovraordinazione (i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato) e preordinati ad indirizzare e conformare l'esercizio della funzione di committenza pubblica, nonché a sciogliere le questioni interpretative che le singole disposizioni del codice possono sollevare; dall'altro lato, i principi di dettaglio (i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, i principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, il principio di auto-

<sup>57</sup> In tema di semplificazione della disciplina dei contratti pubblici si v. P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, 2015; A. Police, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. Franchini, F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 175 ss.; C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, in C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni*, Roma, 2016, 35 ss.; M. Corradino, *Appalti pubblici, flessibilità e semplificazione alla luce delle nuove direttive europee*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 577 ss.; G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015; R. De Nictolis, *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 65 ss.; M. Cozzio, *La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 53 ss.; D. Pappano, *Gli appalti pubblici tra novismo e modernità: una disciplina senza centro di gravità*, in G.M. Caruso, D. D'alessandro, D. Pappano (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, 1 ss.; F. Sciarretta, *Il complesso allineamento del sistema domestico delle commesse pubbliche al modello europeo secondo la logica codificatoria a diritto comune*, in *Dir. econ. (II)*, 2019, 361 ss.; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020; L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*. Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia, 2020, n. 89.

<sup>58</sup> In dottrina, si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizainsieme.it*, 21 dicembre 2022; F. Vetrò, G. Lombardo, M. Petrachi, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 55 ss.

<sup>59</sup> In argomento, tra le prime opere dedicate al nuovo Codice, si v. B. Brunella, M. Mariani, E. Toma, *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Torino, 2023; C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice dei Contratti Pubblici. Annotato articolo per articolo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023; L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, 2023.

<sup>60</sup> G. Morbidelli, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, *Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesifin su I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 14 aprile 2023; L. Carbone, *La scommessa del Codice dei contratti pubblici e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, 5 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustizainsieme.it*, 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144 ss.; AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

organizzazione amministrativa, il principio dell'autonomia contrattuale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione, il principio della massima partecipazione, nonché il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali). Questi ultimi, a loro volta, possono essere distinti in due sub-gruppi<sup>61</sup>: principi-guida dell'amministrazione<sup>62</sup> e principi-garanzia per gli operatori economici<sup>63</sup>. Le questioni (teoriche e pratiche) sottese alla codificazione dei principi della materia sono molte e diverse. La dottrina ha già iniziato ad occuparsene e, probabilmente, altre e più profonde riflessioni continueranno ad aversi man a mano che le disposizioni dovranno essere applicate nella realtà fenomenologica. Ai nostri fini non occorre addentrarsi su tali profili. Semmai, una logica di selezione funzionalizzante, autorizza a prendere in considerazione quello che è il principio destinato a costituire il nuovo fondamento giuridico dell'autoproduzione: il principio di auto-organizzazione, che una attenta dottrina ha qualificato icasticamente come «principio recinto», sì da rimarcare la finalità di «segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione»<sup>64</sup>.

La norma del nuovo *Codice dei contratti pubblici* che fissa il principio della auto-organizzazione è contenuta nell'art. 7 e si apprezza, anzitutto, sotto il profilo stilistico. Come altre norme del nuovo Codice può infatti dirsi connotata dalla riscoperta di quella vecchia (e apprezzatissima) maniera di fare le leggi di una volta: semplici, chiare, lineari e nient'affatto labirintiche e cervelotiche. Non vi sono né fronzoli, tampoco elementi accidentali che rischiano, per solito, di eclissare gli elementi portanti del costruito normativo e quindi di gustarne la comprensione (interpretativa e applicativa). Basti considerare che a fronte delle 741 parole di cui si componeva l'art. 5 del *Codice dei contratti pubblici* del 2016, l'art. 7 del nuovo *Codice* consta appena 345 parole. Ciò che è stato reso possibile anche per via di un sapiente impiego della tecnica dei rinvii: l'articolo sul principio di auto-organizzazione non ripropone i requisiti dell'*in house* e non declina le diverse tipologie (diretto, pluripartecipato, indiretto, inverso e orizzontale), ma si limita a rinviare, con l'art. 3, c. 1, lett. e) dell'All. I.1 al *Testo unico delle società partecipate* e alle direttive europee.

Non solo la qualità stilistica. Ad essa si affianca pure l'apprezzabilità delle scelte di fondo che la disposizione riflette. Il principio della c.d. auto-organizzazione si sostanzia nel riconoscimento della possibilità di fare ricorso, senza indistinti oneri sovrabbondanti, alla autoproduzione in luogo dello svolgimento di gare. La *ratio* è «quella di determinare un maggiore allineamento del diritto nazionale all'ordinamento dell'Unione, che pone l'autoproduzione e l'esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. n. 50/2016». L'enunciazione di massima contenuta nel primo comma segue un ordine di classificazione che pare tutt'altro che casuale<sup>65</sup>. Non è sicuramente un ordine alfabetico, perché altrimenti la cooperazione avrebbe dovuta essere indicata come la seconda delle modalità di organizzazione dei lavori, servizi e forniture. È un ordine logico ed assiologico, che bene si riconnette alla tesi — sostenuta dal Consiglio di Stato nell'ordinanza n. 138/2019 — per la quale «l'*in house providing* rappresenta non

<sup>61</sup> Propone questa distinzione G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 295.

<sup>62</sup> Il principio di auto-organizzazione amministrativa e il principio di autonomia contrattuale.

<sup>63</sup> Il principio di buona fede di tutela dell'affidamento, il principio di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, il principio di tassatività delle cause di esclusione e il principio di massima partecipazione, il principio di applicazione dei contratti collettivi di settore.

<sup>64</sup> M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Milano, 2023, 20.

<sup>65</sup> A mente dell'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 36/2023, «le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea».

un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, al punto che da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti *in house* (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorta di *prius* logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse»<sup>66</sup>.

Né una simile sequenza sembra essere alterata (*melius*, smentita) dalla sancita solo tendenziale parità tra autoproduzione e ricorso al mercato. Tale tendenzialità non equivale a relegare l'autoproduzione ad ipotesi subordinata rispetto al mercato. Essa implica soltanto — in questo risiedendo l'elemento di differenziazione che determina la sola tendenziale parità con il mercato, anziché la completa parità — il dovere delle amministrazioni di motivare il mancato ricorso al mercato. Ma se sotto la previgente disciplina l'onere di motivazione rafforzato *ex art.* 192 si traduceva in un disincentivo alla autoproduzione, così da relegarla ad ipotesi derogatoria rispetto alla gara, la motivazione richiesta dalla nuova disciplina non ha una valenza disincentivante: suo unico scopo è quello, proprio della motivazione di ogni determinazione amministrativa, di «consentire al cittadino la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un atto, al fine di controllare il corretto esercizio del potere, onde far valere, eventualmente, le proprie ragioni»<sup>67</sup>.

Per vero, la nuova regolazione dei contratti pubblici contempla un duplice livello di complessità della motivazione, sì da rendere la stessa una «motivazione a geometrie variabili» in relazione al tipo di contratto: per i servizi all'utenza sarà necessario dare conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche; diversamente, per i servizi strumentali sarà sufficiente una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base, in linea con quanto previsto dalla disciplina sulla *Governance* del PNRR, di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto, quali gli *standard* di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, gli *standard* di mercato<sup>68</sup>.

In perfetta linea di simmetria e corrispondenza con questo «sistema a motivazione duplice», che peraltro ha presupposto la eliminazione del precedente elenco degli affidamenti *in house* tenuto dall'ANAC, si pone il rinvio al Testo unico sui servizi di interesse economico generale di livello locale; le possibili alterazioni della concorrenza cui gli affidamenti *in house* potrebbe dare luogo in tali settori hanno suggerito si continuare ad imporre a queste una motivazione qualificata o rafforzata<sup>69</sup>. Tralasciando le ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico, qualche profilo distonico però si coglie là ove si stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti

<sup>66</sup> Non è un caso che la norma miri a dare attuazione al paradigma dell'amministrazione del fare, in luogo di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a far fare agli altri.

<sup>67</sup> Tra le tante, TAR Lazio, Roma, Sez. II, n.7372/2022.

<sup>68</sup> Il motivo di questa — condivisibile — differenziazione del livello di complessità della motivazione si spiega facile. Mentre la autoproduzione di prestazioni sostanzianti nell'erogazione di beni o servizi all'utenza potrebbe dare luogo a distorsioni della concorrenza nel mercato di riferimento, così che l'amministrazione committente è normale che debba prestare una maggiore attenzione, l'autoproduzione di servizi strumentali all'amministrazione non occasiona, in linea di principio, problemi di questo tipo, indi pe cui gli unici aspetti che dovranno essere motivati non possono che attenersi alla risparmio e alle esigenze di celerità.

<sup>69</sup> Cfr., art. 7, c. 1, n. 36/2023.

concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Lì per lì potrebbe sembrare un richiamo del tutto innocuo. E in effetti il collegamento tra gli affidamenti *in house* e il principio della fiducia è giustificabilissimo: con l'autoproduzione si riducono le dimensioni della torta cui gli operatori privati possono ambire, indi per cui è indispensabile che i funzionari pubblici assumano — con coerenza, correttezza e professionalità — la decisione di optare per l'autoproduzione in luogo del ricorso al mercato. Qualche problema di coordinamento sembrerebbe porsi, però, con il principio del risultato, che a sua volta implica il rispetto dei «principi di legalità, trasparenza e concorrenza», e con il principio dell'accesso al mercato, che a sua volta implica il rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità. Il richiamo al rispetto dei principi di legalità, di pubblicità e di trasparenza, nonché di proporzionalità era inevitabile, trattandosi di principi generali che sovrintendono a tutta l'azione amministrativa. Le perplessità si appuntano, piuttosto, sull'invocato rispetto dei principi propri del modello della gara, quali il principio di concorrenza e di non discriminazione. Come si coniuga la scelta di porre l'*in house* su un piano di tendenziale parità con il ricorso alla gara con la scelta di prevedere che l'autoproduzione avvenga pure nel rispetto di principi che presuppongono, invece, il ricorso al mercato? A nostro avviso, la spiegazione potrebbe essere molto semplice: intendere il richiamo al rispetto dei principi-cardine come selettivo, anziché come cumulativo<sup>70</sup>.

**6. A mò di conclusioni: argomentazioni a sostegno della (corretta) pariordinazione dell'autoproduzione e del ricorso al mercato.** La scelta del nuovo Codice dei contratti pubblici di introdurre una disciplina che ponga l'autoproduzione su un piano di parità con il ricorso al mercato<sup>71</sup> appare «efficientisticamente» condivisibile. Non solo e non tanto perché si pone in linea con il diritto positivo europeo. Limitarsi ad una simile constatazione equivarrebbe ad una accettazione passiva; si propugnerebbe una visione eccessivamente positivista delle cose che, come tale, non permetterebbe di cogliere, affondo, le ragioni del perché la tendenziale equiparazione tra i due fenomeni (autoproduzione e ricorso al mercato) sia corretta. Oltre alla simmetria del diritto positivo (europeo e nazionale), sono più e di diversa natura le ragioni che depongono a sostegno della scelta di superare il carattere derogatorio ed eccezionale che era stato impresso all'*in house providing*.

La prima ragione risiede nella corretta concezione dell'autoproduzione come «limite». Non inteso nell'accezione di divieto, piuttosto nella accezione filosofica compendiabile col motto apollineo *medèn àgan* (nulla di troppo). Il concetto di limite (*pèras*) pare sia stato elaborato nella

<sup>70</sup> Gli affidamenti *in house*, giusto il principio del risultato e il principio della fiducia, debbono sicuramente mirare, in un contesto incentrato sulla fiducia nella lealtà e nelle capacità dei funzionari pubblici, ad ottenere il miglior contratto possibile, mentre i *sub*-principi che questi includono costituiscono il risultato di un «effetto lavina»: sono solo formalmente richiamati, ancorché sostanzialmente destinati a non trovare diretta applicazione. Tale lettura, d'altronde, sembrerebbe essere confermata pure da quegli attenti commentatori che non hanno mancato di osservare come, sebbene «l'art. 7, c. 2, faccia richiamo a tutti i principi di cui agli articoli 1, 2 e 3, pare evidente che è soprattutto a quello del risultato che l'affidamento *in house* 'rivisitato' volga principalmente il suo sguardo».

<sup>71</sup> Il riferimento alla esternalizzazione è da intendersi, chiaramente, ricomprensivo anche del fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato e, in particolare, di uno dei più significativi strumenti attraverso cui realizzare la cooperazione tra pubblica amministrazione e operatori economici: la c.d. finanza di progetto. Per tutti, sull'argomento si v. D. Siclari (a cura di), *Il project financing nel Codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive*, Torino, 2019; Id., *Opere pubbliche e project financing. Fra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 591 ss.; Id., *Il ruolo del Partenariato-pubblico privato alla luce del Pnrr*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e Mercati nella transizione ecologica e digitale. Studi dedicati a Mauro Giusti*, Padova, 2021, 301 ss.

Magna Grecia del V secolo a.C., ove era inteso come elemento capace di dare all'uomo consapevolezza di sé, di modo da porlo al riparo dalle gustatine connesse al tentativo di un suo improvvido superamento<sup>72</sup>. Proprio questa concezione filosofica di limite si attaglia bene alla tematica che ci occupa. Nel senso che l'*in house providing* costituisce una delle ordinarie opzioni che l'amministrazione è tenuta a considerare, prima delle altre, al fine di capire l'effettiva sua capacità di «fare da sé», con la conseguenza che soltanto dopo avere accertato la sua inidoneità ad autoprodurre sarà tenuta ad astenersi dal superare i propri limiti, domandando, con la gara ad evidenza pubblica, le prestazioni di cui abbisogna agli operatori privati.

La seconda ragione risiede nella corretta concezione del mercato delle commesse pubbliche. Quanti propendono per la configurazione del ricorso al mercato come regola generale muovono — a nostro modo di vedere — da un equivoco di fondo. Quello di considerare il «mercato delle commesse pubbliche» come un contesto merceologico in perenne funzionamento e capace di vivere (con tutti i suoi principi, regole e procedure) di vita propria. Dimenticano, però, che i meccanismi e le dinamiche di questo peculiare mercato si attivano (assumendo un qualificante rilievo giuridico) soltanto nel momento in cui le amministrazioni pubbliche optino per il ricorso alle prestazioni degli operatori privati. È soltanto allora, cioè a dire nel momento in cui si attualizza negli atti della *lex specialis* la domanda pubblica, che i principi, le regole e i meccanismi di questo mercato divengono operativi. Prima di quel momento — come si è già tentato di dire — si trovano in una condizione di ibernazione; potremmo dire di irrilevanza giuridica. Sicché, fino a quando le amministrazioni pubbliche non decidano di attualizzare nella realtà pratica una domanda di commessa pubblica non v'è alcuna regola della disciplina dei contratti pubblici destinata a trovare applicazione, con la conseguenza che tutte le altre diverse modalità di esecuzione di lavori, servizi e forniture non possono che considerarsi una alternativa uguale e contraria e non certo una deroga; deroga che per essere tale presuppone la mancata osservanza di una regola che avrebbe dovuto applicarsi.

La terza ragione risiede nella corretta concezione della funzione di commessa pubblica<sup>73</sup>. Sempre quanti propendono per la configurazione del ricorso al mercato come regola generale incorrono in un altro equivoco: considerano la commessa pubblica come una tipica forma di intervento pubblico nell'economia, preordinata a sopperire ad un fallimento di mercato. È stato osservato che «man mano che il ricorso al mercato da parte di pubbliche amministrazioni diviene parte rilevante dell'economia pubblica, la ragione per cui l'ordinamento impone alle amministrazioni, che non intendono provvedere da sole ad opere o servizi, di scegliere (con gara pubblica) la controparte con la quale stipulare il contratto non risiede soltanto nella possibilità, per la p.a., di effettuare la scelta più conveniente e di salvaguardare l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni, come valore considerato in sé stesso, ma altresì, e inscindibilmente, nella possibilità di promuovere la prosperità collettiva rispettando la libertà d'iniziativa economica e la genuinità della concorrenza». Ovviamente nessuno può negare queste attitudini della domanda del c.d. «Stato banditore»<sup>74</sup>. Epperò non si debbono confondere causa ed effetti. Le commesse pubbliche sono ormai pacificamente

<sup>72</sup> Per questi e altri interessanti spunti storici si rinvia a F. Raviola, I. Braccisi, *La Magna Grecia*, Bologna, 2008; R. MARANDINO, *Storia della letteratura della Magna Grecia*, Marsala, 2017.

<sup>73</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 937/1996.

<sup>74</sup> M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

ascritte tra le funzioni amministrative<sup>75</sup>. Gli scopi, o per meglio dire gli interessi pubblici, che l'amministrazione committente mira a soddisfare mediante la gara sono quelli, di volta in volta, individuati come meritevoli: p. es., la costruzione di una scuola per soddisfare l'interesse pubblico all'educazione e all'istruzione delle giovani leve, l'acquisito di servizi informatici per soddisfare l'interesse pubblico al corretto svolgimento delle mansioni del personale dipendente, etc. Deriva che quando l'amministrazione decida di indire una gara avrà di mira l'interesse pubblico alla base di quella scelta e non già gli appetiti economici degli operatori economici interessati; il soddisfacimento di quegli interessi, dal quale possono pure derivare positive conseguenze sullo sviluppo economico del Paese, è una conseguenza in certo senso automatica. Ma il solo fatto che alle commesse pubbliche sia correlato, in via indiretta, un effetto leva per lo sviluppo economico e per la diffusione di comportamenti più virtuosi da parte degli operatori non autorizza a snaturare la causa (*rectius*, il fine) per cui le procedure evidenziali sono state pensate: quello di procurarsi delle prestazioni<sup>76</sup>.

La quarta ragione risiede nella corretta concezione dei benefici che, al pari del ricorso al mercato, anche l'autoproduzione è in grado di apportare. La tesi che colloca la gara su un piano sovraordinato rispetto all'autoproduzione poggia sulla capacità della prima di abbattere i c.d. costi di transazione (p. es., asimmetrie informative, rinegoziazioni, istituzione di meccanismi di controllo). È stato osservato che i costi di transazione possono essere ridotti mediante il ricorso alla gara, in quanto con essa si riesce ad attuare una comparazione delle offerte che stimola i candidati a rivelazioni più sincere nello sforzo di sbaragliare la concorrenza<sup>77</sup>. È fuor d'ogni dubbio che le gare pubbliche permettano effettivamente all'amministrazione di ridurre la situazione di asimmetria informativa in cui si trova rispetto all'operatore privato. Ma questa attitudine non è solo delle gare pubbliche. Il contrario semmai. Per certi versi l'autoproduzione è assai più efficace da questo punto di vista. L'amministrazione che decida di disporre un affidamento diretto in favore di una società che controlla e governa alla stregua di un organo od ufficio interno non avrà problemi di asimmetria, ben potendo conoscere di tutte le informazioni rilevanti connesse alla prestazione oggetto dell'affidamento. Né tantomeno si troverebbe sprovvista di strumenti per ottenere tutte le informazioni necessarie: dai rapporti e dalle relazioni che gli amministratori della società debbono trasmettere al socio alla approvazione del bilancio, dalle relazioni degli organi di controllo che ha diritto ad ottenere alla possibilità di revocare gli amministratori che assolvano correttamente il loro mandato, sino alle azioni di responsabilità esperibili nei confronti dei vertici societari, etc.

La quinta ragione risiede nella corretta concezione dei rischi insiti tanto nella esternalizzazione, quanto nell'autoproduzione. Gli strenui sostenitori del primato della gara sull'autoproduzione adducono la intrinseca capacità delle procedure evidenziali di ridurre i c.d. costi di influenza e il perpetrarsi di possibili condotte corruttive<sup>78</sup>. Anche questa

<sup>75</sup> Nel volume monotematico AA.VV., *Funzioni Amministrative*, Milano, 2022, è ricompresa anche una voce dedicata proprio alla committenza pubblica di M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, 218 ss.

<sup>76</sup> Da qui l'assurdità di arrivare ad invocare, sempre e comunque, la gara ad evidenza pubblica in ragione del fatto che attraverso di essa si finisca con l'iniettare in economia delle considerevoli risorse, bollando le modalità alternative (quali l'autoproduzione) a modalità eccezionale, derogatoria, residuale. D'altronde, il principio del risultato fissato dal nuovo Codice dei contratti pubblici non fa che confermare questa lettura: l'amministrazione deve concentrarsi solo ad ottenere il miglior contratto possibile. Si v. inoltre, F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022.

<sup>77</sup> Per una lucida analisi di questi aspetti, si vv. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, cit.

<sup>78</sup> Tra le altre, sebbene non recentissime, si vv. Cons. Stato, Sez. II, n. 456/2007; Cons. Stato, Sez. III, n. 2291/2005 e Cons. Stato, Sez. II, n. 298/2015.

argomentazione non risponde, appieno, alla realtà delle cose. Se è vero che il ricorso all'*in house* ha spesso dato luogo ad abusi, alimentati da malsane logiche di poltronificio, è altresì vero che le gare non sono certo un settore immune da corrottele e altre forme deviate (p. es., Mondiali di nuoto di Roma del 2009 il, G8, l'Expo di Milano, il Mose di Venezia, l'A3 Salerno-Reggio Calabria, etc.). A questo riguardo, ci si può limitare a richiamare i dati OCSE, stando i quali il 57 per cento di tutti i casi di corruzione nel settore pubblico sono dovuti alla corruzione negli appalti, nonché le osservazioni dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC), che rivelano come «una delle attività governative più soggette alla corruzione sono gli appalti pubblici, per via del volume delle transazioni e degli interessi finanziari in gioco, nonché della complessità del processo, della stretta interazione tra funzionari pubblici e imprese e della moltitudine di parti interessate, al punto che in alcuni paesi, l'abuso del processo di spesa pubblica 'è diventato la porta d'accesso alla fortuna'»<sup>79</sup>.

La sesta ragione risiede nella corretta concezione dei vantaggi sottesi dalla concorrenza «nel» e «per» il mercato<sup>80</sup>. Ognun sa che la tutela della concorrenza è uno dei valori portati dell'ordinamento europeo<sup>81</sup>. La particolare attenzione riservata alla concorrenza dipende dai benefici che solitamente è in grado di produrre: prezzi più bassi, aumento della qualità dei beni e dei servizi, maggiore possibilità di scelta e, non da ultimo, stimolo all'innovazione. Fin troppo scontato dire che non è chi possa refutare in dubbio un simile capacità del mercato concorrenziale. Ciononostante, sostenere la necessità (quasi l'obbligo) delle amministrazioni committenti di fare ricorso alla gara ad evidenza pubblica perché attraverso la dinamica concorrenziale potrà arrivare ad ottenere (al miglior prezzo possibile) la migliore prestazione possibile, significa ignorare che la concorrenza non è la soluzione adatta a tutte le evenienze. Lo sanno bene i grandi economisti che hanno dedicato non poche fatiche allo studio della concorrenza: Adam Smith, Antoine Cournot, Friedrich von Hayek, Joseph Schumpeter, solo per citarne alcuni. In particolare sono gli studi schumpeteriani<sup>82</sup> e la moderna teoria della crescita<sup>83</sup> ad avere dimostrato che per aversi innovazione, quindi una crescita economica, è necessario che un certo grado di potere di mercato sia nelle mani di solo alcune imprese. Il richiamo a queste teorie economiche non implica — come d'ovvio — una loro pedissequa trasposizione al mondo delle commesse pubbliche. Più semplicemente serve a dimostrare un qualcosa che dovrebbe essere solare: la spinta competitiva, propria della gara ad evidenza pubblica, non è sempre la soluzione migliore, ben potendovi essere soluzioni diverse (come l'autoproduzione), ma non per questo meno apprezzabili. Del resto, a meno che non si voglia arrivare ad ammettere l'esistenza, all'interno dell'*acquis* comunitario, di intrinseche

<sup>79</sup> Cfr., *Report Public sector corruption*, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

<sup>80</sup> Sulla disciplina della concorrenza L. Ammannati (a cura di), *La concorrenza in Europa: sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, 1998; Id., *Diritto antitrust concorrenza e mercati*, Siena, 2000; S. Mezzacapo, *La concorrenza tra regolazione e mercato. Ordine giuridico e processo economico*, Bari, 2004; G. Berti De Marinis, *La disciplina della concorrenza all'interno del mercato dei servizi pubblici economici*, in *Le Corti Umbre*, 2020, 603 ss.

<sup>81</sup> La concorrenza trova infatti il proprio fondamento negli artt. 101-109 TFUE, nel prot. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, nel reg. (CE) n. 139/2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, negli artt. 37, 106 e 345 TFUE per le imprese pubbliche, negli artt. 14, 59, 93, 106, 107, 108 e 114 TFUE per i servizi pubblici, i servizi di interesse generale e i servizi di interesse economico generale, nel prot. 26 sui servizi di interesse generale, nonché nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali.

<sup>82</sup> Al riguardo, si v. J. Schumpeter, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977.

<sup>83</sup> Sul punto, P. Romer, *Increasing Returns and Long Run Growth and Endogenous Technological Change*, in *Journal of political economy*, 1990, 71 ss.; P.J. Klenov, A. Rodríguez Clare, *The neoclassical revival in growth economics: Has it gone too far?*, in *Macroeconomics Annual*, Cambridge, 1997; P. Aghion, P. Howitt *Endogenous Growth Theory*, Cambridge, 1998; E. Helpman, *The Mystery of Economic Growth*, Cambridge, 2004.

contraddizioni che potrebbero attentare alla sua stessa tenuta, ci sarà pure un motivo se il diritto europeo, che fa della concorrenza uno dei propri valori cardine, ha sempre considerato neutrale la scelta delle amministrazioni di organizzare l'esecuzione di lavori, servizi e forniture mediante gara, autoproduzione ovvero cooperazione pubblico-pubblico.

Infine, la settima ragione risiede nella corretta concezione di quello che è l'apporto che l'autoproduzione può dare al potenziamento della «capacità amministrativa»<sup>84</sup>. In Italia si parla da ormai diversi anni di essa. E lo si fa per indicare un problema: cioè a dire la ridotta attitudine delle organizzazioni pubbliche ad esercitare, con efficienza, efficacia ed economicità, le funzioni cui sono deputate per legge. Nel PNRR si allude più volte alla necessità di rafforzare la capacità amministrativa, la cui debolezza ha «rappresentato un ostacolo al miglioramento dei servizi offerti e agli investimenti pubblici negli ultimi anni»<sup>85</sup>. In quest'ottica sono state finora seguite due linee di azione: per un verso è stato previsto il supporto delle società pubbliche a favore delle amministrazioni; per altro verso si è inteso procedere all'assunzione di nuove e qualificate risorse all'interno delle amministrazioni italiane. Dunque, se si considera che l'autoproduzione induce, inevitabilmente, il perimetro allargato della pubblica amministrazione a «fare da se», piuttosto che «far fare ai privati», non può essere refutato in dubbio che lo strumento dell'autoproduzione può costituire un valido strumento per il potenziamento della capacità amministrativa, implicando l'acquisizione e il trasferimento, all'interno del mondo pubblico, di competenze gestionali, tecniche, tecnologiche che difficilmente si avrebbero ove si imponesse l'obbligo (senza se e senza ma) di eseguire lavori o di prestare servizi o forniture attraverso il ricorso agli operatori economici.

**Abstract.** È diffusa la convinzione che la c.d. autoproduzione di beni, servizi e forniture sia causa di sprechi e corrottele. Trattasi di una convinzione preconcepita, poiché non sempre avvalorata da dati empirici. E tuttavia ha storicamente portato alla ingegnerizzazione di ostacoli capaci di incentivare i soggetti pubblici a rivolgersi — nella quasi totalità dei casi — al mondo delle imprese. Anche quando avrebbero potuto e dovuto evitarlo. Se non fosse però che simile approccio, animato da una neppure troppo celata idea che le commesse pubbliche costituiscano uno strumento di politica economica per favorire lo sviluppo e la crescita della competitività del Paese, ha finito con l'alimentare proprio uno dei maggiori mali imputati all'amministrazione pubblica: quello di essere inefficiente. Lo scritto intende quindi esaminare la portata della differente relazione nella quale la regolazione giuridica italiana (d.lgs. n. 36/2023) sembra aver voluto inscrivere lo strumento del ricorso al mercato con quello dell'utilizzo di strutture domestiche. La soluzione propugnata appare tesa a sostituire la «fuga forsennata al mercato» con un più equilibrato «ricorso necessitato ad esso». Quante efficienza c'è nella nuova regolazione dell'autoproduzione? Qual è l'anatomia del mercato delle commesse pubbliche? E quella dell'autoproduzione? Quali le ragioni capaci di giustificare, in una prospettiva efficientistica, la pari-ordinazione tra mercato e autoproduzione?

---

<sup>84</sup> Della capacità amministrativa sono state offerte diverse definizioni, ma la preferibile è quella per cui designerebbe la capacità delle moderne burocrazie di dotarsi delle risorse economiche e delle conoscenze tecniche e professionali per rispondere alla crescente domanda della società ed esercitare funzioni in grado di soddisfare le mutate esigenze. Tra gli altri, si v. C.K. Ansell, L. Comfort, A. Keller, T. LaPorte, P. Schulman, *The Loss of Capacity in Public Organizations: A Public Administration Challenge*, in *Perspectives on Public Management and Governance*, 2021, 24 ss.; S. Brenton, E. Baekkesvok, A. Hannah, *Policy capacity: evolving theory and missing links*, in *Policy Studies*, 2023, 297 ss.

<sup>85</sup> Cfr., *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, 47.

**Abstract.** There is a widespread belief that the so-called self-production of goods, services and supplies causes waste and corruption. This is a preconceived belief, as it is not always supported by empirical data. And yet it has historically led to the engineering of obstacles capable of encouraging public entities to turn — in almost all cases — to the business world. Even when they could and should have avoided it. If it were not, however, that this approach, animated by a not too hidden idea that public procurement constitutes an instrument of economic policy to encourage the development and growth of the country's competitiveness, ended up fueling one of the greatest evils attributed to the public administration: that of being inefficient. The paper therefore intends to examine the scope of the different relationship in which the Italian legal regulation (decree no. 36/2023) seems to have wanted to include the instrument of recourse to the market with that of the use of domestic structures. The proposed solution appears aimed at replacing the «frantic flight to the market» with a more balanced «necessary recourse to it». How much efficiency is there in the new regulation of self-production? What is the anatomy of the public procurement market? And that of self-production? What are the reasons capable of justifying, from an efficiency perspective, the equal ordering between market and self-production?

**Parole chiave.** Regolazione giuridica – efficienza regolatoria – anatomia del mercato dei contratti pubblici – anatomia dell'autoproduzione – pariodinazione degli strumenti.

**Key words.** Legal regulation – regulatory efficiency – anatomy of the public procurement market – anatomy of self-production – equivalence of instruments.