

RICORSO “CONDIZIONATO” ALL’*IN HOUSE PROVIDING* E PRINCIPIO DI «*LIBERA AMMINISTRAZIONE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE*»: UNA CONTRADDIZIONE SOLO APPARENTE PER CGUE E CORTE COSTITUZIONALE*.

di Cosimo Pietro Guarini**

Sommario. 1. Struttura capitalistica del mercato, intervento pubblico nell’economia e *in house providing*: cenni introduttivi. – 2. Diritto pubblico europeo dell’economia e principio di *libera amministrazione delle autorità pubbliche*. – 3. Il ricorso *condizionato* all’*in house providing* dal punto di vista di una recente giurisprudenza amministrativa, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria. – 4. La risposta della CGUE: nulla di nuovo sotto il cielo stellato dell’Unione. – 5. La posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 2020: la cedevolezza della regola del *gold plating* (...) – 5.1. (... *Segue*) e la prospettiva concorrenza-centrica. – 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. Struttura capitalistica del mercato, intervento pubblico nell’economia e *in house providing*: cenni introduttivi.

Ove mai ci fosse ancora bisogno di rimarcare la dubbia sostenibilità di un modello di sviluppo socio-economico incentrato sulla “naturalità” della struttura capitalistica del mercato¹ nelle economie dei Paesi democratici a più evoluto costituzionalismo², la

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo costituisce una versione più ampia di quello destinato al volume *L’Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco*, a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso e R. Manfredi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

** Professore associato confermato di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ Sulla questione del «mercato» nella sua rappresentazione di spazio soggetto ad un ordine *naturale* o, invece, *artificiale* e, rispettivamente, *neutrale* o, invece, *politico*, il rinvio d’obbligo è al contributo di N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. V. anche A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, spec. pp. 1-12.

² Ambito molto approfondito nell’ultimo decennio è quello dell’impatto delle crisi economiche sulle dinamiche del costituzionalismo. Senza pretesa di esaustività, nella letteratura italiana, si rinvia anche per ulteriori e pertinenti riferimenti bibliografici, con posizioni differenti, a M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. soc.*, 2011, p. 636 ss.; A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta on line, Studi*, 21 settembre 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; F. Angelini e M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012; F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012; G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di Governo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, n. 1/2014, p. 79 ss.;

devastante crisi determinata dal fenomeno pandemico in corso pare aver dissolto molte delle residue resistenze in proposito. Fra queste, neppure quelle più modeste – comunque ancorate alla pervicace idea, come noto, di una *compassionevole* mano invisibile – sono più (così disinvoltamente come un tempo) spendibili nell'attuale clima politico-culturale.

L'evidenza emersa a livello globale è che il ricorso al modello capitalistico non è più così solida garanzia del rafforzamento e dell'ordinata tenuta dei sistemi democratici³, per quanto un sistema democratico sia ritenuto essere il regime più favorevole all'attecchire e al proliferare di un'economia di mercato⁴, quale che sia la variante in cui declinarla⁵.

Il circolo vizioso innescato dal crollo sia dell'offerta che della domanda ha accentuato la reale incapacità di assorbire e superare le disuguaglianze⁶, di esprimere duraturo potenziale solidaristico tra persone e tra Stati, di garantire⁷ una equa redistribuzione delle risorse⁷ e un

E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, F. Gabriele, *Democrazia e potere economico fra dimensione sociale, sussidiarietà e controlimiti*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 1019 ss.; M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 2018, pp. 252 ss.; G. Di Plinio, *Costituzione economica e vincoli quantitativi. Per un costituzionalismo non keynesiano*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica, integrazione sovranazionale, effetti della globalizzazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 5/2019, p. 103 ss.; G. Comazzetto, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, p. 13 ss.

³ In questa prospettiva si pensa di poter collocare la (auto)critica al modello capitalista di R.A. Posner, *A failure of capitalism. The crisis of '08 and the descent into depression*, Harvard, 2009, e Id., *The crisis of capitalist democracy*, Harvard, 2010; Id., *After the Blowup*, Intervista in *The New Yorker*, 11 gennaio 2010, 28 s. Più di recente, sul tema, v. S. Gambino, *Stato sociale una forma superata? Alcune riflessioni e qualche interrogativo sui rapporti fra democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, p. 236 ss.

⁴ Cfr., tra i tanti, A. Sen, *Development as freedom*, 1999, trad. it. di G. Rigamonti, *Lo sviluppo e la libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2001. Sulle complesse dinamiche che si innescano nel rapporto tra livello di democratizzazione dei sistemi politico-istituzionali e crescita economica capitalistica nella globalizzazione v. J.P. Fitoussi, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. di M. Scotti, *La democrazia e il mercato*, Milano, 2004. Peraltro, con riferimento alla tesi del rapporto bidirezionale tra crescita economica e democratizzazione, palesa qualche perplessità M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008, nt. 42, specie per quanto riguarda la precipua rilevanza di un siffatto circolo virtuoso in società già democratizzate.

⁵ Su questo tema la letteratura, anche giuridica, è semplicemente sterminata. Sia consentito rinviare, da ultimo, ai contributi pubblicati in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2020, e in particolare a quelli di S. D'Acunto, *Appunti per una genealogia del neoliberalismo*; G. Luchena, *Economia sociale di mercato*; C. Iannello, «Impresa», «mercato» e «concorrenza» *fondamenti dell'ordine «costituzionale» neoliberale. Le politiche pro-concorrenziali dall'ambito economico a quello sociale*.

⁶ Lo evidenziano efficacemente, tra gli altri, J.C. Stiglitz, *The price of inequality. How today's divided society endangers our future*, New York-London, 2012, e J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione. O come mettere fine alla sofferenza sociale*, trad. it. di M.L. Chiesara, Torino, 2013. V., inoltre, A. Coccozza, *Capitalismo, persona e società nel XXI secolo*, in *Amministrazione in cammino*, 5 giugno 2015, e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 597 ss.

⁷ Sulle principali coordinate della questione sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *Note in tema di concorrenza e 'giustizia economica' nel processo di integrazione europea*, in F. Gabriele e M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. I, *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Milano, 2008, p. 85 ss.

fisiologico contenimento della inesausta richiesta (oggi più che mai) di soddisfacimento di diritti sociali⁸. L'attuale crisi ha reso palese l'inadeguatezza dell'autoregolazione del mercato quale meccanismo strumentale all'equilibrato sviluppo dei sistemi socio-economici⁹, rivelando plasticamente l'insinuarsi sempre più marcato di un rapporto di diretta proporzionalità tra ampiezza della sfera materiale del dispiegamento di politiche liberiste e atrofizzazione delle istanze sociali.

Si potrebbe continuare a lungo, ma non è nell'economia delle presenti note soffermarsi su questi, pur relevantissimi, temi. Tali premesse sono, semmai, finalizzate a delineare una ipotesi di partenza sulla quale poggiare un dato non (sempre) pacifico: la necessità di uno stabile e permanente intervento pubblico nell'economia a tutela (tempestiva ed effettiva) dei fini sociali (che sono la *suitas*) di uno Stato sociale-rappresentativo. Non solo, dunque, in senso regolamentativo, volto cioè a sanare le storture che il meccanismo libero-concorrenziale può determinare (e spesso determina) sulle dinamiche socio-economiche quando appare evidente che non sia più in grado di assicurare l'adeguata allocazione di risorse e la massimizzazione della funzione di benessere sociale che gli si vuole (più o meno convenzionalmente) attribuire¹⁰; ma in senso sistemico, cioè immune a variabili ideologiche che collochino la "voglia di Stato"¹¹ nella temperie culturale di archetipi valoriali ottativi, e in modo diverso rispetto alla mera "reazione scomposta ed emotiva alla crisi dei mercati finanziari ed alla contrazione della domanda [...] ai quali solitamente fa ricorso il capitalismo nei momenti di crisi"¹².

Lo strumentario in dotazione al pubblico potere per governare la tensione tra istanze del mercato e istanze sociali è, invero, decisamente vario. Esso opera (o può operare), in questo

⁸ Sul punto, diffusamente, M. Benvenuti, (voce) *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, p. 212 ss.; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte Prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, ai quali si rinvia anche per la letteratura di contesto richiamata. Più di recente, v. G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, e i saggi raccolti in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *federalismi.it*, n. spec. 4/2018.

⁹ V., ampiamente, Z. Bauman, *La ricchezza di pochi avvantaggia tutti. Falso!*, trad. it. di M. Sampaolo, Roma-Bari, 2012.

¹⁰ Sul tema, più di recente, in una letteratura vastissima, O. Pini, *Giurisprudenza costituzionale e statuto dei rapporti economici: «interpretazione adeguatrice» ed evoluzione ordinamentale*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2019, I. De Cesare, *Concorrenza e utilità sociale*, in *federalismi.it.*, n. 8/2020, p. 55 ss.

¹¹ Per dirla con F.E. Santonastaso, *Impresa, società e pubblici poteri. Una perenne "voglia di Stato?"*, Roma, 2018.

¹² A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in AA.VA., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 7 luglio 2020, p. 9.

senso, con l'intera gamma delle politiche pubbliche ipotizzabili in capo ad autorità politico-rappresentative; con discipline *antitrust* di riequilibrio di ambiti economici soggetti a fallimenti del mercato¹³; con atti e poteri (anche) autoritativi di carattere amministrativo nei rapporti interprivati di un dato settore economico-sociale¹⁴; con un modello diffuso di organismi *indipendenti* regolatori¹⁵; con interventi diretti tipici dello Stato imprenditore o con l'introduzione (e l'esercizio) di poteri speciali, quali la *golden power*, dettati da istanze strategiche rinvenienti dall'interesse nazionale propriamente detto¹⁶. Ma anche, per quanto qui rileva, con la discrezionalità tipica dell'Amministrazione che decide l'individuazione della soluzione migliore per il perseguimento dell'interesse pubblico e/o dei propri fini istituzionali, in termini di buon andamento e di raccordo con l'effettiva condizione delle comunità di riferimento¹⁷. Quest'ultima si estrinseca pure nella (libera in quanto discrezionale) scelta di *non fare* ricorso ad esternalizzazioni, preferendo moduli di carattere pubblicistico in forma privatistica (meglio: societaria)¹⁸ quando questi, non essendo

¹³ Per un inquadramento della disciplina *antitrust* nell'attività di regolazione statale cfr. A. Zito, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, p. 805 ss.

¹⁴ Per una introduzione al tema v. L. De Lucia, *La regolazione amministrativa nei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2002, e, più di recente, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuti e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 337 ss.

¹⁵ La regolazione attraverso autorità indipendenti è stata (e continua ad essere) oggetto di ampio approfondimento. La letteratura è decisamente vasta. Per i necessari riferimenti bibliografici, si consenta di rinviare, in questa sede, a C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione 'indipendente' del mercato*, Bari, 2005, e ai più recenti contributi di A. Riviezzo, *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017; C. Iannello (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*, Napoli, 2018; F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. ec.*, 2018, p. 697 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica, democrazia*, Torino, 2019.

¹⁶ Cfr., di recente, G. Luchena, *Il c.d. decreto liquidità è una minaccia per il liberismo? Brevi note sul "nuovo" golden power*, in *Diritti fondamentali*, 1 maggio 2020; F. Gaspari, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, p. 118 ss.; A. Napolitano, *Il ritorno decisivo dello Stato imprenditore. Dalla nazionalizzazione di Alitalia alla estensione dei c.d. golden powers*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 2/2020; A. Gemmi, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, in *P.A Persona e Amministrazione*, www.ojs.uniurb.it, n. 1/2020, p. 381 ss.; R. Garofoli, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, n. 17/2019; P. Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2020, p. 121 ss.

¹⁷ Pur con percorso parzialmente diverso da quello qui proposto, a conclusioni simili giunge A. Papa, *Passato e (incerto) futuro delle "nazionalizzazioni" tra dettato costituzionale e principi europei*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica*, cit., p. 153 ss., § 6.

¹⁸ Cfr. già M. Nigro, *Lineamenti generali*, in G. Amato e A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, 1994, p. 731 ss., secondo il quale la scelta organizzativa per moduli privatistici sostanzialmente amministrativi è conformata necessariamente dall'art. 97 Cost. e attiene alla sfera ordinamentale pubblicistica. Ampiamente su tale questione v. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; F. Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 719 ss.; V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico e diritto privato nella pubblica amministrazione (profili generali e costituzionali)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, p. 251 ss.

espressioni di azione pubblica burocratica, consentano di superare “gli effetti talora paralizzanti” di minuziose discipline pro concorrenziali e di mettere in atto “schemi di incentivazione necessari all’accrescimento dell’efficienza sperimentati nel settore privato”¹⁹.

Il riferimento è alle società *in house*, nate all’interno del nostro ordinamento *a rimorchio* dell’introduzione della possibilità di gestire servizi pubblici locali di rilievo economico anche facendo ricorso a forme societarie (per azioni). Tale previsione, contenuta nell’art. 113, co. 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 (*Testo unico sulle leggi dell’ordinamento degli enti locali*) – che riproponeva, sostituendolo, il contenuto dell’art. 22 della l. n. 142 del 1990 – collideva, però, con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza lì dove contemplava la possibilità che queste procedessero ad affidamenti senza gara e lì dove non disciplinava la necessità del ricorso all’evidenza pubblica per l’individuazione del socio privato nella società di capitali affidataria della gestione del servizio pubblico. Di qui, al fine di evitare sanzioni derivanti da procedure di infrazione del diritto dell’Unione, dopo la l. n. 448 del 2001, fu adottato il d.l. n. 269 del 2003, il cui art. 14, co. 1, *lett. d)*, nel modificare il co. 4, *lett. a)*, dell’art. 113 del TUEL – relativo alla gestione delle reti – e il co. 5 – relativo all’erogazione del servizio, poi abrogato dall’art. 12, co. 1, *lett. a)*, del d.p.r. n. 168 del 2010 – prevedeva la possibilità che il servizio potesse essere conferito con affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici controllanti²⁰; prevedeva, cioè, per l’appunto, l’istituto di derivazione comunitaria, ma di matrice più propriamente anglosassone²¹, dell’*in house providing*.

L’opportunità offerta dalle implicazioni connesse al massiccio processo di privatizzazioni, da un lato, e la versatilità dello strumento, dall’altro, hanno così favorito la sua capillare diffusione, soprattutto a livello locale. Non indifferente ai fini dell’espansione del

¹⁹ Cfr. G. Napolitano, *Il ‘governo’ delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. Garofoli e A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018, p. 15 ss., p. 21.

²⁰ Per un recente riepilogo delle vicende normative che hanno interessato l’art. 113 del TUEL, cfr. F. Marone, *Commento all’art. 113*, in C. Napoli e N. Pignatelli, *Codice degli enti locali*, 2019, Molfetta, p. 647 ss.

²¹ Cfr. P. Rossi, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurate specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in cammino*, 23 febbraio 2018, p. 2.

fenomeno fu anche la pronuncia n. 325 del 2010 della Corte costituzionale²² che, tra l'altro, dichiarò l'illegittimità dell'art. 23-bis, co. 10, lett. a), prima parte, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e ss.mm.ii., nella parte in cui assoggettava i soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno; orientamento, poi, superato con la sentenza n. 46 del 2013²³.

L'*in house* costituisce, come noto, tutt'oggi uno dei moduli di intervento pubblico nell'economia più utilizzato a livello locale e la forma preponderante nell'articolato fronte di società a partecipazione pubblica, ed è stato declinato nella legislazione vigente – dopo un lungo percorso che ha recepito, seppur con qualche non irrilevante deviazione, la giurisprudenza della CGUE e le direttive UE appalti e concessioni del 2014 di cui si farà più avanti menzione – sia con riferimento all'oggetto (cioè l'affidamento diretto), disciplinato dagli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 (*Codice dei contratti pubblici*), sia con riferimento al soggetto dell'autoproduzione (cioè la società *in house*), disciplinato nel d.lgs. n. 175 del 2016 (*Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*) e ss.mm.ii., come integrato dal d.lgs. *correttivo* n. 100 del 2017²⁴.

²² Cfr. i commenti di A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1176 ss.; F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza. A proposito della sent. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

²³ V., in proposito, D. Immordino, *Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società in house al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali*, in *Le Regioni*, n. 4/2013, p. 785 ss.

²⁴ La necessità dell'adozione del d.lgs. n. 100 del 2017, denominato *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, si impose a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 che dichiarò l'illegittimità costituzionale di ampie parti della l. delega n. 124 del 2015 tra le quali, per quanto qui rileva, l'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima l. n. 124 del 2015, prevedeva che il Governo adottasse i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. La Consulta, però, come noto, non dispose l'illegittimità consequenziale del TUSPP (e degli altri decreti legislativi già approvati). Circoscrisse, invece, gli effetti della sua pronuncia alle sole disposizioni della legge di delegazione, rinviando il sindacato sulle disposizioni dei decreti delegati "interessati" all'eventualità di una loro autonoma impugnazione, dovendosi accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo avrebbe apprestato al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione. Si ritenne che la Corte costituzionale, tra le non meglio definite «soluzioni correttive» del vizio rilevato, avesse suggerito al Governo di provvedere, entro dodici mesi, all'adozione di decreti correttivi e/o integrativi come, peraltro, previsto nella stessa l. delega (art. 16, co. 7). In questo senso, tra l'altro, il Consiglio di Stato nel parere del 17 gennaio 2017, n. 83, all'uopo reso. Cfr., *ex multis*, con specifico riferimento al seguito della sentenza *de qua*, R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2016, C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio di fili della tela di Penelope... allo specchio*. in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017, R. Lugarà, *Sentenze additive di procedura... legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, spec. p. 11 ss.; G. Rivosecchi,

Quale che sia l'angolazione dalla quale si voglia esaminare la sua natura, l'agire pubblico *in house* solleva problemi di contemperamento con la disciplina, eurounitaria e nazionale, posta a tutela del mercato.

2. Diritto pubblico europeo dell'economia e principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.

Le forme dell'agire delle autorità pubbliche in deroga al mercato e/o (forse, meglio) *a latere* del ricorso allo stesso è, d'altronde, costruzione ben nota anche al c.d. diritto pubblico europeo dell'economia²⁵ o, se si preferisce, alla c.d. alla costituzione economica europea²⁶. Pare all'uopo sufficiente richiamare alcune disposizioni dei Trattati. L'instaurazione di un mercato interno libero-concorrenziale, ai sensi dell'art. 3, par. 3, TUE – e, quindi, il divieto di pratiche interventiste delle pp.aa. degli Stati membri che rechino loro situazione di privilegio anticompetitivo – è temperata da previsioni che – per quanto non propriamente univoche (si pensi all'ossimorica formula *economia sociale di mercato fortemente competitiva*) – chiamano in causa l'intervento pubblico, anche sulla scorta del principio di neutralità dei regimi proprietari dei gestori di attività economiche²⁷ (*ex combinato* disposto artt. 106, par. 1, e 345 TFUE). L'art. 51 del TFUE, inoltre, esclude che la disciplina comunitaria sulla libertà di stabilimento sia estesa alle attività che in uno Stato membro «partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri». L'art. 14 del TFUE nel rimarcare «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito

Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi), in Forum di Quaderni costituzionali Rassegna, 2 febbraio 2017; P. Milazzo, Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2017; M.L. Zuppetta, Il t.u. sulle partecipate tra declaratoria di illegittimità costituzionale e intervento correttivo. Considerazioni de iure condendo, in federalismi.it, n. 9/2017; G. Crisafi, Illegittimità consequenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale, in Osservatorio AIC, n. 3/2017.

²⁵ Cfr., in particolare, i contributi al tema di A. Lucarelli raccolti in Id., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2018, specialmente *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, p. 109 ss., e *Il modello sociale ed economico europeo*, p. 119 ss. e, già prima, Id., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4645 ss.

²⁶ Cfr. R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in P. Bilancia (a cura di), *Costituzione economica*, cit., p. 27 ss.

²⁷ Cfr. Corte di giustizia europea, *Anav*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03.

dei valori comuni dell'Unione», specifica che gli Stati membri, e l'Unione, «provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti», contemplando, dunque, la libera scelta delle forme di auto-organizzazione delle autorità nazionali, regionali e locali, se funzionale al (miglior) perseguimento (possibile) dell'interesse pubblico e dei propri fini istituzionali (v. anche l'art. 1 dell'annesso protocollo n. 26). Più esplicito in questo verso è l'art. 106, par. 2, TFUE, lì dove è sancito che il ricorso al mercato per la gestione dei suddetti servizi non deve (e non può) ostare «all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»²⁸.

In questo contesto si inseriscono le Direttive UE 2014/23 e 2014/24 (cui si accompagna anche la Direttiva 2014/25), le quali rammentano che «nessuna disposizione obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva» (*considerando* 5). Nello stesso tempo, coerentemente, viene rimarcato il rilievo eurounitario del principio di auto-organizzazione o, meglio, di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» degli Stati membri, espressamente sancito dall'art. 2 della Dir. 2014/23²⁹. Ancora più rilevante, a corollario, viene inequivocabilmente espresso l'assunto secondo cui le autorità pubbliche «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni»³⁰.

3. Il ricorso *condizionato all'in house providing* dal punto di vista di una recente

²⁸ Per una più ampia e strutturata argomentazione della tesi qui sostenuta, sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, n. 8/2019.

²⁹ Secondo cui «le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi [...]».

³⁰ Da leggersi anche alla luce dei *considerando* 5 delle Dirr. UE nn. 2014/23 e 2014/24 che riconoscono e riaffermano «il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi [...]».

giurisprudenza amministrativa, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria.

Ed è in questa prospettiva che si è posta una parte della giustizia amministrativa *sensibilizzata*, non a torto, dal potenziale innovativo che il principio eurounitario di *libera amministrazione delle autorità pubbliche* – affiancato a quello di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche – avrebbe potuto avere sulla valutazione del ricorso al tanto vituperato istituto dell'*in house providing*, specie alla luce dell'art. 12, par. 1, Dir. UE 2014/24 («sugli appalti pubblici»)³¹, ripreso dall'art. 5 del citato Codice dei contratti pubblici.

Già in passato talune pronunce della giurisprudenza amministrativa³² e alcune riflessioni di una parte della dottrina³³ avevano inquadrato la produzione *domestica* di beni e servizi come strumento *ordinario*, e non derogatorio, facendo leva sul più genuino apporto costituito dal diritto comunitario, al cui interno l'*in house* è nato, è stato rilevato, esaminato e più volte bilanciato con i principi del mercato e con la regola della concorrenza³⁴.

³¹ Pressoché identici gli artt. 17 Dir. UE 2014/23 («sull'aggiudicazione dei contratti di concessione») e 27 Dir. UE 2014/25 («sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali»).

³² Cfr., tra le pronunce più recenti, Tar Lombardia, sez. II Brescia, sentenza 17 maggio 2016, n. 690; Id., sez. I, ordinanza 12 luglio 2018, n. 269; Tar Liguria, sez. II, sentenza 8 febbraio 2016, n. 120; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 marzo 2016, n. 1034; Id., sentenza 18 luglio 2017, n. 3554; Id., sez. III, sentenza 24 ottobre 2017, n. 4902.

³³ Senza alcuna pretesa di esaustività, in una letteratura davvero molto ampia, cfr. G. Piperata, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, p. 651 ss.; C. Volpe, *La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e appalti*, 2010, p. 43 ss.; M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo e destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, n. 8/2011; F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 723 ss.; R. Cavallo Perin, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.R. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, p. 23 ss.; D. Mone, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2016, p. 151 ss.; C.P. Guarini, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, in E. Toma (a cura di), *Economia, istituzioni, etica e territorio. Casi di studio ed esperienze a confronto*, Milano, 2018, p. 192 ss.; E. Stanizzi, *Le società in house*, in R. Garofoli e A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 75 ss., spec. p. 82 ss. Non mancano, peraltro, voci dottrinali difformi o radicalmente opposte. In tal senso, v., tra gli altri, più di recente, F. Vessia, *Le società in house: profili concorrenziali*, in C. Ibba e I. Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2018, p. 229 ss.

³⁴ Prima che fosse la CGUE a specificarne significato, forma e contenuto, è stato il Libro Bianco dell'11 marzo 1998 a menzionare la formula «*in house providing*» utilizzando la locuzione di «appalto *in house*» per indicare gli appalti «aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione

Tuttavia, con scarsi risultati, considerato che le scelte del legislatore italiano – avallate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, seppure con qualche rilevante eccezione³⁵ – ne avevano mortificato, come noto, l’(invero eccessivo e distorto) uso, sanzionandone l’eccezionalità.

In questo scenario, qui solo sommariamente tratteggiato, dapprima il Tar Liguria³⁶ e poi il Consiglio di Stato³⁷, seppur con traiettorie differenti, hanno condiviso ciò che, *prima facie*, poteva apparire la spinta ad inaugurare una profonda “rivalutazione”³⁸, in corso, peraltro, anche in ambiti contigui³⁹. Come già desumibile dalla precedente giurisprudenza eurounitaria di contesto, le citate direttive UE, delineano principi e disposizioni suscettibili di collocare l’*in house* “tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli

centrale e locale o, ancora, tra un’amministrazione e una società da questa interamente controllata» (Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell’Unione europea*). Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, v. *Teckal*, 18 novembre 1999, C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03; *Coname*, 21 luglio 2005, C-231/03; *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/05; *Mödling*, 10 novembre 2005, C-29/04; *ANAV*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04; *ASEMFO*, 19 aprile 2007, C-295/05; *Termoraggi*, 10 aprile 2008, C-323/07; *Comune di Mantova*, 17 luglio 2008, C-371/05; *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07; *SEA*, 10.09.2009, C-573/07; *Acoset*, 15.10.2009, C-196/08; *Econord*, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo*, 8 maggio 2014, C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, 19 giugno 2014, C-574/12; *Comune di Sulmona*, 8 dicembre 2016, C-553/15. Con quest’ultima sentenza, ad opinione di G.F. Ferrari, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l’era Teckal*, in *DPCE on line*, n. 2/2017, p. 347 ss., è possibile ritenere concluso il percorso evolutivo in via giurisprudenziale dell’istituto dell’*in house providing*.

³⁵ V. Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 2012 sulla quale *infra* § 5.1 Ma v. anche la sentenza n. 229 del 2013, con la quale fu dichiarata l’illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-*sexies* ed 8 dell’art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. *Spending review*), convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, nella parte in cui si applicano alle regioni ad autonomia ordinaria. Delimitato il campo di applicazione delle disposizioni impugnate alle sole società strumentali – delimitazione ricavata in negativo dai commi 3 e 13 dell’art. 4 indubbiato – alla Consulta, nel bilanciamento tra tutela della concorrenza e autonomia organizzativa (nella specie) delle regioni, una volta di più non apparve irragionevole la compressione legislativa del secondo principio al fine di evitare distorsioni tra operatori privati e operatori pubblici. Ciò che la Consulta sanzionò furono le modalità concrete con le quali il legislatore aveva perseguito tale obiettivo, escludendo la possibilità che, «pur ricorrendo le condizioni prescritte dall’ordinamento dell’UE, le medesime amministrazioni [potessero continuare] ad avvalersi di società in house» (Considerato in diritto, § 9.1).

³⁶ Con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.

³⁷ Con ordinanze della Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, e 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296, la prima delle quali annotata da L. Longhi, *L’in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Rivista Corte conti*, n. 1/2019, p. 280 ss.

³⁸ M. Midiri, *Tutela della concorrenza ed equilibrio dei poteri pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, p. 381.

³⁹ Con riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali e al modulo organizzativo dell’azienda speciale v., di recente, Consiglio di Stato, sentenza n. 5444 del 2019, commentata da G. Saltelli, *La concorrenza da principio torna regola. La legittimità dell’azienda speciale come modello “ordinario” di gestione del servizio pubblico: nota a margine della sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 1/2020. Più in generale v., senz’altro, A. Massera, *I servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2019, p. 439 ss.

strumenti di scelta del contraente”⁴⁰, in una dimensione estranea all’applicazione del principio concorrenziale semplicemente perché “all’individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l’esclusione dall’applicazione delle direttive appalti e concessioni”. L’*in house*, dunque, come “linea di confine”⁴¹. Altrimenti detto, “l’*in house* non comporta una deroga al principio di concorrenza, poiché, quando sussistono i requisiti di tale modulo organizzativo, difetta il presupposto perché questo sia applicato”⁴².

Ai giudici amministrativi *de quibus* l’art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici è parso porsi contro la ricostruzione appena delineata nella parte in cui dispone oneri motivazionali particolarmente penetranti⁴³.

Volendo rimanere, in prima battuta, sulla linea interpretativa fatta propria dalla Sezione V del Consiglio di Stato a fondamento dei suoi tre (sostanzialmente identici) rinvii pregiudiziali alla CGUE, aventi ad oggetto giusto appunto il citato art. 192, co. 2, non si può fare a meno di rilevare che, a conclusione di un convincente percorso nell’assetto normativo europeo di contesto, “non si limita a delineare un quadro che pone sullo stesso piano ricorso all’*in house* e ricorso alle procedure di evidenza pubblica ma, addirittura, tende a ribaltare l’assetto consolidatosi negli ultimi tre lustri assumendo che quest’ultimo ‘sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale’”⁴⁴.

Infatti, «la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall’ordinamento dell’UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull’amministrazione l’obbligo di operare nel pieno rispetto dell’ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di

⁴⁰ Così F. Tramontana, *I limiti al ricorso all’in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurolunitario. Note a margine dell’ordinanza di rimessione alla CGUE dell’art. 192 del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, 16 gennaio 2019, p. 3. Sulla questione già, tra gli altri, M. Antonioli, *L’in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell’istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 3-4/2018, p. 555 ss.

⁴¹ C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, n. 5/2015, p. 1168 ss.

⁴² L. Salvato, *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, n. 1/2014, p. 33 ss., p. 46.

⁴³ Testualmente: «Ai fini dell’affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta».

⁴⁴ Così C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l’in house providing?*, cit., p. 27.

mercato»⁴⁵.

Per suo canto, il Tar Liguria pone a fondamento dei dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, per violazione dell'art. 1, co. 1, *lett. a) e lett. eee*), della legge delega n. 11 del 2016, argomenti non così differenti da quelli che hanno orientato i giudici di Palazzo Spada dal momento che, anche a suo avviso, l'analisi sistematica delle disposizioni e dei principi di contesto dell'ordinamento europeo, Direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 incluse, possono far ritenere «definitivamente acquisito il principio che *l'in house providing* non configura affatto ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un giudizio di mera opportunità e convenienza economica».

4. La risposta della CGUE: nulla di nuovo sotto il cielo stellato dell'Unione.

Ben altra, però, è la storia scritta dalle Corti investite di tali questioni.

Non si può, forse, parlare di un vero e proprio *disincanto* – né quanto alla sua portata, se confrontato con quelli evocati da avvertita dottrina⁴⁶, né quanto alla sua capacità di generare disomogeneità nell'ambito dell'Unione – ma è, comunque, almeno nella prospettiva nazionale, un deludente (e discutibile) puntello ad un assetto mercato-centrico che sembra elevare il rispetto del principio concorrenziale a preconditione di ogni scelta economica dell'agire pubblico.

Procedendo per gradi, innanzitutto, sovviene l'ordinanza della CGUE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, *Rieco s.p.a.* (C-89/19, C-90/19 e C-91/19). Nel ricordare i tratti salienti che devono

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138. E i Giudici del rinvio incalzano oltre, senza equivoci, affermando 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 sorte di *prius logico* rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse». Precisano, inoltre, che «per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili» (§ 3.1.4).

⁴⁶ G. Cocco, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 81 ss.

sussistere perché si possa parlare di *in house providing* (art. 12, Dir. 2014/24)⁴⁷ e nel richiamare spesso (quale precedente immediato e diretto) la sentenza *Irgita*, 3 ottobre 2019 (C-285/18), il Giudice di Lussemburgo segue – confermandone il rigore – l’impianto esegetico del Giudice del rinvio, ma non giunge alle medesime conclusioni.

Più in particolare, ricorda che la libertà auto-organizzativa delle autorità pubbliche degli Stati membri deriva inequivocabilmente, dal *considerando* 5, Dirr. 2014/24 e 23, dall’art. 2, par. 1, Dir. 2014/23, e cosa più rilevante, dalla ovvia osservazione che la «libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre [...] viene effettuata in una fase precedente all’aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell’ambito di applicazione della direttiva 2014/24» (§ 33). Tuttavia, in considerazione del fatto che gli Stati membri incontrano un limite a tale libertà nelle «regole fondamentali del TFUE» (§ 37), arguisce che la libertà in parola non preclude agli Stati membri di «subordinare la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna» (§ 41). Di qui, dunque, la conclusione che l’art. 12, par. 3, Dir. 2014/24 UE, non osta alla definizione nazionale di un accesso *condizionato* al modulo organizzativo dell’*in house providing*.

Nulla di nuovo, dunque, sotto il cielo stellato dell’Unione. D’altronde, specie in considerazione dell’altissimo numero di società *in house* operanti nello scenario (soprattutto locale) italiano, difficile era immaginare che la CGUE potesse essere artefice di una compressione così rilevante del principio concorrenziale, che rimane pur sempre la pietra d’angolo dell’intero sistema eurounitario.

Commentando il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, si ebbe già modo di osservare che, nonostante le valide e circostanziate ragioni poste a suo fondamento, la CGUE non si sarebbe spinta “sino al punto di provocare la disapplicazione o l’invalidità di eventuali disposizioni nazionali che, in effetti, altro non fanno che valorizzare il principio su cui si fonda il mercato comune; tanto più ove esse, per altra via, rispondano a esigenze particolari nazionali e, vieppiù, in Stati nazionali, quale appunto l’Italia, le cui Corti costituzionali hanno sempre ritenuto conforme alle proprie Costituzioni eventuali irrigidimenti regolativi. Si tratterebbe, allora, di censurare la legislazione italiana perché, in definitiva, ‘più realista

⁴⁷ Ad esso fanno da *pendant* gli identici artt. 17, Dir. UE 2014/23, e 28, Dir. UE 2014/25.

del Re»⁴⁸.

E, in effetti, il Giudice europeo non ha stupito⁴⁹. E per evitare di farlo ha scelto una via che lascia inevaso un quesito di fondo: se intento dichiarato dell'intervento normativo eurounitario era quello di rendere omogenee le diverse procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo (*considerando* 1, Dir. UE 2014/24) – finalità che la decisione in commento della CGUE espressamente richiama (§ 31) – in materia di autoproduzione di beni e servizi in che modo si pensa di raggiungere tale effetto semplicemente facoltizzando gli Stati membri a rimuovere gli eventuali irrigidimenti *domestici*? Qual è l'utilità di imporre loro il recepimento nelle proprie legislazioni di un principio, quello di *libera amministrazione delle autorità pubbliche* – peraltro, già in qualche modo desumibile dai Trattati e dalla precedente giurisprudenza europea di contesto – che esclude la soggezione alla disciplina del mercato di quelle attività che un'autorità pubblica di Stato membro può decidere discrezionalmente di svolgere senza far ricorso all'*outsourcing*, se poi è possibile che, in concreto, nulla cambi al loro interno in ragione dei riconosciuti ampi margini di discrezionalità nazionale, così svuotando, in definitiva, il suddetto principio di gran parte della (o finanche di tutta la) sua portata conformativa?

Il quesito appare tanto meno retorico ove si pensi che, come di recente bene evidenziato, poco prima di pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale italiano, a fronte di una analoga questione sollevata dalla Corte suprema di Lituania, la CGUE aveva concluso che «la legislazione dello Stato membro non può limitare *sic et simpliciter* il ricorso all'*in house*, potendo addivenire a una tale deroga della libertà di amministrazione, solo quando essa “non garantisca la qualità, l'accessibilità o la continuità dei servizi forniti”» e si era spinta «fino al punto di indicare quale motivazione possa giustificare una deroga al ricorso all'operazione interna in conformità al diritto europeo»⁵⁰.

⁴⁸ C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing?*, cit., 31. Peraltro, non è certo la sede del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE quella in cui sperare che emergano disallineamenti 'critici' in materia di concorrenza tra l'ordinamento eurounitario e quello nazionale (cfr., di recente, sul tema F. Donati, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea. Convergenze e divergenze tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea nell'attuazione della disciplina antitrust*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 27 marzo 2020, pp. 35 ss.).

⁴⁹ La scarsa rilevanza nazionale ai fini interpretativi dell'ordinanza *Rieco s.p.a.* della CGUE emerge anche da una pronuncia ad essa successiva del Consiglio di Stato che la ignora (cfr. sentenza n. 3564 del 2020, su cui v. H. Bonura, M. Villani, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista Corte conti*, n. 3/2020, p. 18 ss., spec. p. 24).

⁵⁰ Così M. Passalacqua, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio*

5. La posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 2020: la cedevolezza della regola del *gold plating* (...).

La decisione della CGUE ha l'effetto di indebolire le (già scarse) speranze che potevano essere riposte in un *revirement* del Giudice costituzionale italiano in ordine al proprio orientamento concorrenza-centrico. E, difatti, non manca nella sentenza n. 100 del 2020⁵¹ il richiamo alla *Rieco s.p.a.* al fine di rendere più evidente la non contrarietà della norma censurata ai criteri di delega invocati dal rimettente⁵².

La decisione europea, innanzitutto, offre la sponda per dichiarare l'infondatezza del primo dei due vizi invocati dal Tar Liguria, e cioè la violazione del rispetto del criterio richiamato nell'art. 1, comma 1, *lett. a)*, della legge delega n. 11 del 2016, consistente nel «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie» (c.d. *gold plating*)⁵³. Sotto tale profilo, la Corte costituzionale, innanzitutto, esclude che tale regola, per quanto richiamata con enfasi in diversi documenti europei e comunicazioni della Commissione europea⁵⁴, possa considerarsi un «principio di

europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato, in *federalismi.it*, n. 2/2020, p. 161 ss., p. 167, che richiama CGUE, sez. IV, 3 ottobre 2019, C-285/18, *Kauno miesto savivaldybės administracija*. L'Autrice arguisce, poi, che “simile ingerenza nella modalità di esercizio del potere nazionale sembrerebbe essersi potuta consumare in quanto trattasi di una motivazione mutuata dai principi europei della materia desumibili dall'art. 14 del TFUE e annesso protocollo 26 (art. 1), secondo cui i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale comprendono ‘un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente’”.

⁵¹ Per un commento adesivo alle posizioni della Consulta v. M. Paoletti, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista Corte conti*, n. 3/2020, p. 182 ss.

⁵² Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 5.1.

⁵³ Nel nostro ordinamento il divieto di *gold plating* è stato introdotto dall'art. 15, co. 2, *lett. b)*, della l. n. 183 del 2011, con l'inserimento nell'art. 14, l. n. 246 del 2005 dei commi 24-*bis*, *ter* e *quater*. Sull'istituto v., più nel dettaglio, D. Siclari, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, 11 ottobre 2007, spec. p. 16 ss.; N. Lupo e G. Perniciaro, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pp. 828 ss.; P. Mantini, *Divieto di gold plating e semplificazione nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, www.osservatorioappalti.unim.it, 2015; E. Ojetti, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 21 marzo 2016.

⁵⁴ Cfr., tra i primi, Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 8 ottobre 2010; Commissione europea, Gruppo ad alto livello sugli oneri amministrativi, «*L'Europa può fare meglio*». *Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l'attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia, 15 novembre 2011. Da ultimo, v. Corte dei conti europea, *Il processo legislativo dell'Unione dopo quasi 20 anni di quadro per legiferare meglio*, 30 luglio 2020, § 25, in www.eca.europa.eu. Più volte la Corte dei conti europea ha

diritto comunitario». Essa, tuttavia, è stata recepita dal nostro ordinamento, con l'ambizione di essere un *precetto modale* (quando non un vincolo futuro) per il recepimento delle direttive comunitarie. Secondo la Consulta, però, sul versante interno, deve escludersi che le disposizioni della legge delega assunte a parametro possano riferirsi all'ambito materiale su cui incidono gli aggravamenti previsti dall'art. 192, co., 2, del Codice dei contratti pubblici. Difatti, la *ratio* del divieto di *gold plating* sarebbe «quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini», mentre «la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato»⁵⁵.

Ora, questo argomento lascia spazio a qualche perplessità.

Innanzitutto, gli aggravamenti previsti dell'art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici sembrano pienamente rientrare nella casistica dei livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie⁵⁶. Il co. 24-*ter* dell'art. 14, l. n. 246 del 2005, come introdotto dall'art. 15, co. 2, *lett. b*), della l. n. 183 del 2011, infatti, individua come tali: «l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (*lett. a*), e «l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive» (*lett. c*). Per quanto, dunque, la CGUE lasci alla discrezionalità degli Stati l'eventuale previsione di aggravamenti agli affidamenti *in house*, resta il fatto che il legislatore delegato ha operato difformemente dal criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, *lett. a*) della legge delega senza dare «conto delle circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria», come richiesto dal comma 24-*quater* dell'art. 14, della citata l. n. 246 del 2005⁵⁷. Vi è da aggiungere, inoltre, che escludere che tali aggravamenti siano oneri tecnici

osservato casi in cui la sovra-regolamentazione è avvenuta a scapito della chiarezza per i beneficiari e le pubbliche amministrazioni e ha indebolito i meccanismi posti in essere per ottenere risultati. Ha messo, altresì, in luce il fatto che si dovrebbe ricorrere alla semplificazione per eliminare norme o procedure inutili, anziché consolidare soltanto i codici di norme esistenti (cfr., ad esempio, parere 6/2018).

⁵⁵ Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 5.

⁵⁶ Cfr. anche F.E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, p. 71 ss.

⁵⁷ L'Avvocatura dello Stato ritiene che tale obbligo sia stato assolto nella parte in cui l'AIR, tra le principali criticità emerse, indica «il ricorso eccessivo e ingiustificato all'*in house*» (*Ritenuto in fatto*, § 3.1). Altrove si è, invece, cercato di dimostrare come, a parte tale generico riferimento, nell'AIR e nei documenti allegati al

capaci di impattare sui cittadini non sembra pienamente convincente. La scelta di procedere ad un affidamento diretto o, invece, di fare ricorso all'*outsourcing* per la produzione di un servizio reperibile anche sul mercato non è mai indifferente, in via diretta o indiretta, rispetto alla sfera giuridico-soggettiva del cittadino utente (in termini di tariffe, qualità, accessibilità, meccanismi di tutela, ecc.) e neppure si può presumere che la contrazione del ricorso al mercato risulti sempre in suo danno⁵⁸. Infine, non inutile, a tal proposito, è ricordare che, per il giudice rimettente, il ricorso all'*in house* è opzione che si pone a monte, quale *libera (rectius: discrezionale)* scelta di auto-organizzazione amministrativa, e che, quindi, è proprio l'impatto degli oneri aggiuntivi previsti dell'art. 192, co. 2, del Codice dei contratti pubblici su tale libertà che avrebbe dovuto essere oggetto di puntuale valutazione (e, semmai, di bilanciamento), non derivando in via immediata dall'ordinamento eurounitario alcuna presunzione di preferibilità delle procedure ad evidenza pubblica rispetto al modulo *in house*.

5.1. (... *Segue*) e la prospettiva concorrenza-centrica.

Anche le argomentazioni poste a sostegno dell'infondatezza del secondo dubbio di costituzionalità danno adito a qualche perplessità. Innanzitutto, la Consulta non risponde al quesito del giudice rimettente in ordine alla difficoltà di individuare nella legge delega un criterio che annoveri la possibilità di introdurre irrigidimenti agli affidamenti *in house*. Si limita, piuttosto, a richiamare la propria costante giurisprudenza sui margini di discrezionalità di cui il legislatore delegato dispone, sempre che rispetti la *ratio* della delega e si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento⁵⁹. E ciò tanto più ove la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi», come è tipico di un «Codice»⁶⁰.

Codice dei contratti pubblici le condizioni aggiuntive di cui al co. 2 dell'art. 192 non sono adeguatamente motivate (C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing?*, cit., p. 20 s.).

⁵⁸ Per una limitazione sistemica del ricorso all'*in house*, v., invece, M. Midiri, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 133 ss., spec. p.156 ss.

⁵⁹ Per un approfondimento della tematica e per pertinenti richiami alla giurisprudenza di contesto della Corte costituzionale v. G. Marchetti, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016, spec. p. 275 ss.

⁶⁰ Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 8.1.

Non è in dubbio che «la norma delegata, in effetti, [sia] espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto». Ma la Consulta sembra *assolvere* la disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto eurounitario sulla base di un argomento – cioè quello di evitare il riproporsi di «un abuso nell'utilizzo di tale modulo da parte delle amministrazioni nazionali e locali»⁶¹ – che, se in passato aveva avuto diversi e fondati riscontri, non appare oggi più così attuale all'indomani dell'emanazione del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e dei significativi limiti da questo imposti alla costituzione e/o sopravvivenza di società in *house* (cfr., tra gli altri, gli artt. 4, commi 1 e 4; 5; 14, co. 6; 16; 19, co. 8) che degli affidamenti diretti sono destinatarie.

Né particolarmente convincente appare l'individuazione delle previsioni legislative contemplate nell'elencazione con la quale il Giudice costituzionale intende dimostrare che gli aggravamenti disposti dal legislatore delegato si collocano con coerenza in un complessivo quadro normativo di riferimento che da più di un decennio palesa un approccio particolarmente restrittivo nei confronti del ricorso agli affidamenti *in house*⁶². Tale *selezione* sembra non tenere conto dello specifico contesto in cui le disposizioni restrittive menzionate si sono avvicendate e, soprattutto, delle peculiari finalità che esse hanno inteso perseguire; ulteriori se non diverse rispetto a quella della tutela del mercato libero-concorrenziale.

Tanto vale, in primo luogo, per l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (poi convertito, con modificazioni, in l. n. 133 del 2008), che, come noto, è stato abrogato con referendum; sottoposto a giudizio popolare perché necessariamente connesso alla richiesta referendaria per l'abrogazione dell'art. 154, co. 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*Codice dell'ambiente*), nella parte in cui faceva riferimento al criterio dell'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito» per il servizio di gestione ed erogazione dell'acqua. Che in gioco non ci fosse solo la questione del “diritto all'acqua”⁶³ fu rimarcato dalla stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 24 del 2011, all'atto di ammettere il referendum sull'art. 23-*bis*, si espresse con inequivoca chiarezza: la consultazione avrebbe avuto come obiettivo complessivo la rimozione di una disciplina diretta a restringere, rispetto alle

⁶¹ Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.

⁶² Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.1.

⁶³ Sul tema la dottrina è davvero sterminata. Si rinvia, *ex plurimis*, più di recente, a C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, e ai numerosi contributi raccolti in S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2017, e ivi ulteriori richiami alla letteratura di contesto.

regole comunitarie, «le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»⁶⁴. Tale *verso*, difatti, condusse, poi, la Consulta, con la sentenza n. 199 del 2012, a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle successive disposizioni che tornavano a marginalizzare l'*in house*⁶⁵ per violazione sostanziale del divieto di ripristino della normativa abrogata con referendum, rimarcando che «le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»⁶⁶. Poco calzante appare, dunque, richiamare la disposizione *de qua* per rinsaldare, sulla base dello *storico*, una particolare e diffusa enfasi sulla tenuta dell'approccio concorrenza-centrico del legislatore nazionale, invece, ampiamente disatteso, in modo esplicito e diretto, dal corpo elettorale.

Quanto all'art. 34, co. 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 221 del 2012), le prescrizioni ivi contenute per disciplinare le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si rifanno espressamente «ai requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta» e sono disposte «al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea». Ora, diversamente da quanto arguisce la Corte costituzionale, siffatto dinamico rinvio all'ordinamento europeo sembra rafforzare l'idea che l'onere motivazionale ivi contemplato non possa riferirsi all'individuazione delle *ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato* dal momento che, ove si verta in tema di affidamenti *in house*, esse paiono ultronee sia per la giurisprudenza della CGUE che per lo stesso regolatore europeo il quale ha dato contezza di ciò all'atto di codificarli nelle Direttive 23, 24 e 25 del 2014⁶⁷. Né decisivo appare

⁶⁴ Così sentenza n. 24 del 2011, *Considerato in diritto*, § 5.2. V. in proposito le osservazioni di S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it*, n. 5/2011, e di A. Lucarelli, *Il servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 288 ss.

⁶⁵ Si tratta dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148. In senso critico v., già nell'imminenza della conversione del d.l. n. 138 del 2011, S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *federalismi.it*, n. 16/2011, e P. Sabbioni, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 18 ottobre 2011. Cfr. anche M. Ruotolo, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2012, e M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 26 settembre 2012.

⁶⁶ Così sentenza n. 199 del 2012, *Considerato in diritto*, § 5.2.1.

⁶⁷ Rileva correttamente L. Longhi, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, cit., p. 283 s., che «giammai il diritto europeo – cui pure si deve l'introduzione a pieno titolo del principio di concorrenza nel nostro ordinamento – ha anteposto la

invocare a conforto una disposizione mai venuta alla luce, e cioè l'art. 7, co. 3, dello schema di d.lgs. di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, per quanto anch'essa prevedesse che un ente orientato verso un affidamento *in house* (o verso una gestione mediante azienda speciale) avrebbe dovuto rendere conto delle *ragioni del mancato ricorso al mercato*.

La Consulta, infine, menziona l'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 175 del 2016. Ma anche in questo caso è legittimo sollevare qualche dubbio sull'efficacia argomentativa del richiamo. Per quanto la disposizione *de qua*, in effetti, si collochi in una disciplina ispirata ad "una certa diffidenza nei confronti del ricorso al modello societario da parte delle pubbliche amministrazioni"⁶⁸, "a ben vedere, risponde tutta alla logica della prevenzione degli abusi"⁶⁹ e della razionalizzazione del panorama societario pubblico⁷⁰, con finalità innanzitutto di contenimento della spesa pubblica, piuttosto che di tutela della concorrenza che, pure, da tale riordino, trova giovamento. E, difatti, gli oneri di motivazione analitica richiesti dal citato art. 5, co. 1, per la costituzione (anche) delle società *in house*, riguardano solo attività aventi tutte rilevanza pubblicistica e non tipicamente di impresa⁷¹ (ex art. 4, co. 4) e sono richiesti solo per evidenziare la necessità del ricorso al modulo societario per il perseguimento delle finalità istituzionali suddette, avuto riguardo alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria della eventuale scelta organizzativa di gestione diretta del servizio affidato⁷². Non molto di più (e nulla di significativamente diverso), in definitiva, di quanto richiesto dall'ultimo periodo del co. 1 dell'art. 5 (ma, prima ancora,

concorrenza al perseguimento dell'interesse generale".

⁶⁸ B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli e A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 3 ss., p. 8.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁰ Cfr., di recente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Napolitano, *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna on-line*, n. 1/2017, spec. p. 17 ss., e G. Roma, *Ambiti di intervento delle società pubbliche e piani di razionalizzazione*, in *federalismi.it*, n. spec. 6.

⁷¹ Cfr., sul punto, S. Pignataro, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di "stretta necessità" e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2018. Autorevole dottrina non manca di osservare che alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016 (cfr., ad es., l'art. 4) si pongono in conflitto con lo stesso principio di libertà di impresa nella misura in cui marginalizzano il modello di impresa pubblica, che è possibile evincere dalla Costituzione e dal Trattato UE, limitandosi a delineare la sopravvivenza della sola «impresa Ente pubblico» (cfr. A. Police, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, Varese, 12 maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, spec. § 5).

⁷² Diffusamente sulla questione, tra gli altri, G.A. Primerano, *Gli oneri di motivazione analitica nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. ec.*, n. 3/2018, p. 771 ss.

dall'art. 97 Cost.)⁷³, e cioè «dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa». Il predetto onere di motivazione, in definitiva, “risulta preordinato ad assicurare la conformità a determinate finalità di interesse pubblico di scelte che incidono su aspetti societari di particolare rilevanza» e gli oneri successivi che comporta «finiscono per rendere trasparenti e sindacabili in sede giurisdizionale anche le ragioni di interesse pubblico che presiedono alla decisione dell'amministrazione pubblica»⁷⁴, rifluendo nel più generale principio fondamentale di trasparenza dell'azione amministrativa. Cosa diversa, dunque, da quello che sarebbe, a detta della Consulta, l'*epicentro* assiologico del criterio direttivo dell'art. 1, co. 1, *lett. eee*), della legge delega, cioè la tutela della concorrenza, cui il legislatore delegato avrebbe dato attuazione con la previsione degli oneri aggiuntivi di motivazione di cui all'art. 192, co. 2, indubbiato⁷⁵.

Ad ogni modo, nell'occasione, il Giudice delle leggi conclude limitandosi a ricordare di aver già vagliato la questione di fondo e di aver già rilevato che la vigenza di disposizioni interne più restrittive di quelle eurounitarie nel settore in parola è una scelta del legislatore nazionale non illegittima costituzionalmente. Riflettendosi, dunque, nelle considerazioni della citata ordinanza *Rieco s.p.a.* della CGUE, essa ribadisce l'assunto cui era già giunta nel 2010⁷⁶: «la disciplina proconcorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. – ma neppure si pone in contrasto [...] con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»⁷⁷.

6. Brevi osservazioni conclusive.

⁷³ Per una più ampia argomentazione della tesi qui sostenuta, sia consentito rinviare a C.P. Guarini, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, cit., p. 217 ss.

⁷⁴ A. Maltoni, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. ec.*, n. 2/2019, p. 179 ss., p. 201.

⁷⁵ Cfr. sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 8.

⁷⁶ Cfr. sentenza n. 325 del 2010, *Considerato in diritto*, § 6.1.

⁷⁷ Così sentenza n. 100 del 2020, *Considerato in diritto*, § 9.2.

La Corte costituzionale, dunque, torna a rimarcare che spetta al legislatore bilanciare in concreto l'ampiezza della tutela del mercato con altre istanze di rango costituzionale. Si tratta di una scelta che deve fare la *politica*. Non fa mistero, però, di condividere l'approccio secondo cui, a fronte delle esigenze di tutela rafforzata del ricorso al mercato, quelle «di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive»⁷⁸. L'*in house*, pertanto, non assurge a modulo organizzativo ordinario; non è «una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato» come il Giudice del rinvio pregiudiziale argomentava⁷⁹. L'*in house providing* non si pone a monte quale *prius* logico della scelta dell'amministrazione pubblica; quale espressione del principio di libera amministrazione. Rimane, invece, strumento eccezionale, derogatorio e il ricorso ad esso deve essere giustificato con oneri aggiuntivi motivazionali che implicano anche gravosi adempimenti istruttori, moltiplicano i passaggi burocratici e rallentano i tempi di risposta e di intervento nella gestione e produzione di beni e servizi⁸⁰. Permane, inoltre, la generale presunzione secondo la quale «le amministrazioni pubbliche non [sono] in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato»⁸¹.

Eppure il disastroso evento pandemico che sta scuotendo le fondamenta dell'organizzazione degli Stati dell'intero globo sembra suggerire il contrario. Il sistema-

⁷⁸ In tal senso richiama, e fa proprio, l'argomentare dell'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, relativo allo schema del d.lgs. relativo al Codice dei contratti pubblici, in cui si osserva che «il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” va rettamente 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, in relazione ai quali le esigenze».

⁷⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, nella quale si legge ancora che «per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili» (§3.1.4).

⁸⁰ Per una posizione intermedia v. le osservazioni di H. Bonura e M. Villani, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house*, cit., p. 22, secondo i quali «il legislatore del codice dei contratti, con il c. 2 dell'art. 192, avrebbe inteso dettare una disciplina di carattere speciale per il solo caso degli affidamenti diretti diversi da quelli che abbiano a oggetto servizi di interesse generale, per i quali rientra tradizionalmente nella potestà organizzatoria delle pubbliche amministrazioni anche il modello dell'auto-produzione, come anche riconosciuto dall'ordinamento europeo». E ancora, «la perimetrazione degli speciali obblighi motivazionali previsti dal c. 2 dell'art. 192 del codice dei contratti ai soli servizi diversi da quelli di interesse generale – non solo darebbe un senso all'espressione letterale (*servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*) cui ha fatto ricorso il legislatore, ma [...] consentirebbe di fornire una risposta equilibrata all'istanza di tutela della libertà organizzativa delle pubbliche amministrazioni in un'ottica ragionevole e senza interpretazioni che conducano, per tale via, allo svilimento del contenuto degli oneri motivazionali (riducendoli a mero orpello procedimentale) ovvero a non equilibrati ribaltamenti del rapporto tra Unione europea e Stati membri in materia di concorrenza» (p. 25).

⁸¹ ... e che «per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell'autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all'esigenza di approvvigionamento» (*Ibidem*, § 3.1.6).

mercato semplicemente non è in grado di dare risposte adeguate al susseguirsi ravvicinato di crisi, ancorché di varia natura, che verosimilmente, potrebbero ripetersi e produrre effetti strutturali, anche sul modo di concepire l'attività di indirizzo politico-economico⁸². Sarebbe, forse, il caso che le democrazie molto orientate verso un modello economico libero-concorrenziale si interrogino sulle dinamiche dei paradigmi che hanno "picconato" la natura più genuina dello Stato sociale sul versante dei servizi⁸³ e sulla loro reale capacità di contrasto delle crisi.

Abstract: Il contributo affronta il tema dei limiti posti dal legislatore nazionale al ricorso all'*in house providing*. Se a livello eurounitario, sussistendo taluni requisiti codificati, l'affidamento in autoproduzione di beni e servizi è considerato potersi utilizzare al di fuori dell'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, quale risultato di una libera scelta organizzativa delle autorità pubbliche, il legislatore italiano adotta, invece, criteri più restrittivi per consentire agli enti interessati di costituire società *in house* e/o di procedere ad affidamenti diretti a queste ultime. Le questioni relative alla legittimità costituzionale degli oneri aggiuntivi di cui all'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, e quelle relative alla loro compatibilità con l'art. 12, par. 3, della Direttiva 2014/24 UE sono state risolte di recente, rispettivamente, dalla Corte costituzionale e dalla CGUE con esiti che suscitano qualche perplessità.

Abstract: This paper is aimed at analyzing the issue of the limits set by the Italian legislator on the use of *in house providing*. Nothing in the Directive 24/2014 UE obliges member States to contract out or externalize the provision of services that they wish to provide themselves or to organise by means other than public contracts within the meaning of this Directive. Issues relating to the constitutional legitimacy of the additional charges pursuant to art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 of 2016 as well as their compatibility with art. 12, par. 3, of Directive 2014/24 EU have been recently resolved, respectively, by the Constitutional Court and the CJEU with results that give rise to some perplexities.

⁸² V., in proposito, le riflessioni di G. Bucci, *Dal governo democratico dell'economia alla crisi come dispositivo di governo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 353 ss.

⁸³ In tal senso, già M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 127 ss., spec. p. 139.

Parole chiave: *in house providing* – moduli organizzativi della p.a. – modelli di gestione dei servizi di interesse generale – società a partecipazione pubblica – crisi economiche.

Key words: *in house providing* – contracting authorities – services of general economic interest – public ownership – economic crises.