

COSIMO PIETRO GUARINI*

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 su contratti e appalti pubblici e l'impatto sulla normativa interna di recepimento in tema di in house providing

SOMMARIO: 1. L'*in house providing*, le direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 e il «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche». – 2. La codificazione interna degli affidamenti in house nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice dei contratti pubblici): gli artt. 5 e 192. – 3. La giurisprudenza amministrativa nello “scontro” tra il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» e gli aggravamenti in tema di *in house providing* della disciplina nazionale di recepimento, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti d'incompatibilità eurounitaria. – 4. Qualche breve osservazione conclusiva.

1. L'*in house providing*, le direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 e il «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche»

Il caotico quadro normativo e giurisprudenziale che ha caratterizzato la disciplina dell'*in house providing* nel nostro ordinamento¹, dopo più di tre

*Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Dipartimento di Economia e finanza, Università degli Studi di Bari Aldo Moro – e-mail cosimopietro.guarini@uniba.it.

¹ Con riferimento alla sequenza «di riforme legislative “à la carte et sur la carte” di questi due ultimi lustri (...), che hanno finito per elidersi a vicenda, il cui esito finale è stato lo stop di qualsiasi ipotesi di razionalizzazione sistematica» v. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 30 maggio 2012, 1, anche in ID., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, cap. VIII, secondo il quale, inoltre, «la

lustrati di sperimentazioni e aggiustamenti, è addivenuto ad una ricomposizione organica apparentemente idonea a superare una parte dei dubbi irrisolti e degli orientamenti contrastanti affastellatisi nel tempo in siffatto ambito². Tra gli snodi che possono ritenersi decisivi in tal senso vi sono senz'altro alcune disposizioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. *Codice dei contratti pubblici*), il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (rubricato “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”), poi “corretto” – a seguito della sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale – dal d.lgs. 16

rapida sequenza delle modifiche legislative ha impedito di fatto che alcuna potesse effettivamente attecchire». Per una più recente e dettagliata rassegna dei provvedimenti legislativi che si sono freneticamente susseguiti nella materia *de qua* v. P. ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, **23 febbraio 2018**. Per un'analisi ragionata delle principali pronunce della Corte costituzionale in argomento v., *ex multis*, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza costituzionale*, in F. FIMMANO, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Tomo Uno, Napoli, 2017, 113 ss.; M.P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. sp. 6.

² La letteratura sul punto è semplicemente sterminata. In questa sede, sia consentito rinviare per ulteriori richiami alla bibliografia di contesto a 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, 190 ss. V. anche, più recentemente, M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in AA.VV., *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, 228 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.*, 2016, n. 1, 151 ss.; A. GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuove autonomie*, 2017, 57 ss.; 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*, www.nomos-leattualitàneldiritto.it, 2018, n. 2.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

giugno 2017, n. 100, denominato “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”. Certo, il panorama complessivo di riordino dell’intero settore manca di quell’ultimo e fondamentale tassello, e cioè del d.lgs. di riordino dei servizi pubblici di interesse economico generale, pure previsto dalla l. delega n. 124 del 2016 (c.d. Madia), «che avrebbe senz’altro contribuito a razionalizzare un tessuto normativo estremamente frammentario (...), fornendo all’interprete un quadro più nitido dell’intera materia»³. Come noto, però, esso ha arrestato il proprio percorso a causa del combinarsi della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 – che ha dichiarato illegittimo, tra gli altri, l’art. 18 della l. delega «*nella parte in cui, in combinato disposto con l’art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata*» – con l’anticipata conclusione della XVII legislatura, che ha reso impossibile al Governo, allora in carica, di procedere ad una revisione *con intesa* del d.lgs. sui SIEG.

Ma, ancor prima delle misure normative nazionali, di massimo rilievo sono le direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014. La finalità dell’intervento eurounitario è quella di rendere più omogenea possibile la disciplina dell’agire delle autorità pubbliche con strumenti di natura privatistica ed è ben esplicitata nel considerando § 31 della dir. 2014/24 a tenore del

³ R. MICCÙ, M. FRANCAVIGLIA, *Società pubbliche e servizi di interesse economico generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. 10, 2.

quale: «*Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici*».

Con riferimento alla disciplina dell'*in house*, le direttive appena citate assurgono a un ruolo di grande interesse non solo perché codificano le condizioni affinché si possa legittimamente far ricorso all'autoproduzione⁴, sottraendo tale ambito all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, ma anche perché, a supporto di tale orientamento, introducono un principio molto più generale è cioè quello di «*libera amministrazione delle autorità pubbliche*».

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, il mancato ricorso al mercato per la gestione dei SIEG è sempre stato ritenuto un'eccezione

⁴ Cfr. art. 12 della dir. UE 2014/24, cui fanno da *pendant* gli identici artt. 17 della dir. UE 2014/23 e 28 della dir. UE 2014/25. Esse, come noto, sono: *a)* che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; *b)* che oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; *c)* che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

alle regole della concorrenza, sottintendendo che la «*specific mission*» affidata «*alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale*» dovesse essere svolta attraverso il mercato o, meglio, *innanzitutto* attraverso il mercato, salvo i casi in cui ciò fosse evidentemente di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico (ex art. 106, par. 2, TFUE). Tale indirizzo interpretativo si era radicato nell'ordinamento interno sebbene la CGUE, già nel 2005, avesse affermato che «*un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*»⁵.

Le direttive in oggetto si pongono in linea con questa giurisprudenza eurounitaria e 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*» (direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, considerando § 5), restituendo al par. 2 dell'art. 106 TFUE, in combinato disposto con

⁵ E che, a certe condizioni, «*non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice*» (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, §§ 48 e 49, e, poi, con analoghi contenuti, anche 13 novembre 2008, causa C-347/07, *Coditel*, e Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione CE c. Governo della Germania Federale*).

l'art. 345 dello stesso TFUE, la natura intrinseca di regola co-esistente, semmai, con quella del ricorso al mercato. Questo aspetto è stato efficacemente colto da quella dottrina secondo la quale «all'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni. *L'in house* diviene linea di confine»⁶.

Il rilievo eurounitario del principio di auto-organizzazione o, meglio, di «libera amministrazione» di tutte le pp.aa. degli Stati membri, viene espressamente sancito nell'art. 2 della dir. 2014/23 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 (...)». A corollario, è, inoltre,

⁶ C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi dal titolo «La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», Varenna, 17-19 settembre 2015, in www.iannas.it, 5. Analogamente 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, 23 ss., secondo il quale la gestione *in house* non è una deroga al principio concorrenziale ma un'ipotesi di non soggezione allo stesso. «In altri termini, è come se il regolatore europeo del 2014 abbia suggerito agli interpreti nazionali di non perseverare nel leggere il «nei limiti in cui» del par. 2 dell'art. 106 TFUE come se si tratti di un «salvo che», ma, piuttosto, quasi che equivalga ad un «se», lasciando, dunque, alle pp.aa. operanti facoltà di scelta tra modalità di gestione alternative da esercitare in relazione all'obiettivo concreto da perseguire». In tal senso, *ex aliis*, più di recente, anche A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in federalismi.it, www.federalismi.it, 2016, n. 21, spec. 15 ss., e G. BUCCI, *L'«acqua-bene comune» e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, in S. STAIANO (a cura di), *L'acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2017, 167 ss., 174.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

inequivocabilmente espresso l'assunto secondo cui le pp.aa. «*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*» da leggersi anche alla luce dei *considerata* 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 (...)*» (direttive UE nn. 23 e 24, considerando § 5).

Siffatta impostazione, da cui «deriva la tendenziale collocazione dell'*in house providing* tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli strumenti di scelta del contraente»⁷, sembra divenuta prevalente anche negli arresti della giurisprudenza amministrativa più recente⁸, che ha posto nuova enfasi sulla differenza tra *outsourcing* e autoproduzione, con quest'ultima che, nella sostanza, «segna una delicata linea di confine» rispetto alla quale «non sussistono esigenze di concorrenza» e, dunque, di

⁷ Così F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art. 192 del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, www.lexitalia.it, 16 gennaio 2019, 3.

⁸ Cfr., tra gli altri, 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.

applicazione della normativa di trasposizione delle direttive appalti e concessioni⁹.

2. La codificazione interna degli affidamenti *in house* nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. *Codice dei contratti pubblici*): gli artt. 5 e 192

In consonanza con le prescrizioni dettate dalle direttive europee citate, l'art. 5, co. 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ripropone pedissequamente la lettera del par. 1 dell'art. 12 della dir. UE 2014/24. La scelta del legislatore delegato è andata, pertanto, quanto al presente profilo, nel senso di recepire la direttiva evitando disposizioni che si discostassero dal dettato eurounitario, pur nei (ristretti) limiti in cui ciò avrebbe potuto essere possibile, valutando che, una volta immessa nell'ordinamento europeo una disposizione espressamente finalizzata a disciplinare la figura dell'*in house providing*, ogni divergenza o scostamento significativo avrebbe potuto costituire profilo di incompatibilità con la specifica normativa eurounitaria e che, nel recepimento di questa, ogni legislatore nazionale è, comunque, tenuto al rispetto del più in generale divieto di *gold plating*¹⁰.

⁹ Così Consiglio di Stato, sez. I, parere 8 novembre 2018, n. 2583, conforme a ID., parere 20 giugno 2018, n. 1645.

¹⁰ Sull'istituto del *gold plating* e connesso divieto eurounitario v., tra gli altri, D. SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 11 ottobre 2007; N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nell'attuazione delle direttive UE?*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, n. 8-9, 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*

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

Alla luce, dunque, della disposizione in oggetto sembra cadere il velo di disfavore preconcepito per il ricorso a forme di affidamento *in house* di appalti (o concessioni) di beni e servizi ove sussistano le condizioni per considerare questi ultimi espressione del principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni. L'art. 5, quindi, si preoccupa – in tal senso riproducendo fedelmente l'art. 12 della direttiva UE 2014/24 anche per ciò che concerne i commi successivi – di fissare, ad un tempo, i paletti tassativi per la definizione di persona giuridica (di diritto pubblico o di diritto privato) partecipata e le relazioni che debbono intercorrere tra l'ente pubblico e il soggetto aggiudicatario, affinché quest'ultimo possa considerarsi a tutti gli effetti *longa manus* dell'amministrazione aggiudicatrice e anch'esso, in via indiretta, amministrazione eventualmente aggiudicatrice. All'uopo viene sancito, nel co. 2, cosa debba intendersi per “controllo analogo” (per quanto ciò fosse già ampiamente noto alla luce della giurisprudenza comunitaria pregressa) ed esteso l'esercizio di tale controllo anche a persone giuridiche diverse dal soggetto pubblico aggiudicatario, purché da questo partecipate ai sensi del co. 1 (c.d. controllo analogo “a catena” o “indiretto”).

La volontà del legislatore di sposare la logica eurounitaria della più ampia discrezionalità (possibile) del principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni operanti per il soddisfacimento di un

pubblici, www.osservatorioappalti.unitn.it, 2015; E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum di Quaderni costituzionali* Rassegna, www.forumcostituzionale.it, 21 marzo 2016.

interesse pubblico, sembra emergere anche dai commi successivi e dal ventaglio di possibilità all'uopo offerte alle pp.aa. Il co. 3 dell'art. 5 prevede un *in house* "verticale invertito" e un *in house* "orizzontale"¹¹. I co. 4 e 5 codificano, invece, l'ipotesi in cui la persona giuridica cui è affidato l'appalto sia partecipata da diverse amministrazioni aggiudicatrici e sottoposta ad un controllo c.d. congiunto¹².

Se quanto appena ricordato vale, dunque, per l'assetto societario delle partecipate *in house*, il legislatore delegato ha ritenuto di inserire anche una disposizione atta a disciplinare il "regime speciale degli affidamenti *in house*": l'art. 192¹³.

L'introduzione di siffatto articolo (per giunta in un Titolo specifico della legge denominato "*In house*"), per un verso, rafforza l'idea che l'*in house providing* si collochi in un'area critica degli ordinamenti europeo e nazionale perché situata sul crinale di scontro tra principio di auto-organizzazione e principio concorrenziale, per altro verso, denota la piena consapevolezza del regolatore nazionale che essa non può essere

¹¹ Il primo si avrebbe quando il soggetto controllato, nella veste di amministrazione aggiudicatrice, affidi direttamente un contratto al soggetto controllante; il secondo, invece, quando il contratto sia affidato direttamente a persona giuridica diversa dall'ente controllante ma, a sua volta, controllata in forma analoga da quest'ultimo.

¹² Previsto dall'art. 12, par. 3, dir. UE 2014/24 e, già prima, dalle sentenze della CGUE *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07, ed *Econord*, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11.

¹³ Il Consiglio di Stato, nel parere 1 aprile 2016, n. 855, reso sullo schema del d.lgs. n. 50 del 2016, aveva auspicato che le due disposizioni fossero tra loro integrate e fuse in un solo articolo ovvero che il contenuto dell'art. 192 fosse sistematicamente collocato nel Codice in una disposizione immediatamente successiva all'art. 5 (pag. 190).

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

espunta dallo strumentario organizzativo delle pubbliche amministrazioni e neppure essere considerata aspecifica¹⁴.

In questa prospettiva, il legislatore delegato ha, dunque, pensato di individuare nell'art. 192 alcuni elementi atti a temperare la compressione della generale applicazione del principio concorrenziale che ogni affidamento *in house* può evocare, benché il bilanciamento raggiunto presti il fianco a qualche dubbio sul pieno rispetto della normativa europea di riferimento e, vieppiù, degli stessi principi costituzionali interni in tema di “buona amministrazione”¹⁵.

Più in particolare, desta qualche perplessità l'obbligo di dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» e dei «benefici per la collettività della forma di gestione prescelta» (co. 2), ove questi ultimi siano da considerarsi quali presupposti essenziali, autonomamente rilevanti, capaci, ad un tempo, di assorbire pregiudizialmente ogni altra valutazione concorrente, di condizionare, dunque, a monte la scelta discrezionale del ricorso all'*in house* da parte della stazione appaltante¹⁶ e di implicare l'esercizio di oneri specifici di

¹⁴ Deve, peraltro, rilevarsi che con riferimento agli affidamenti dei concessionari in essere, l'art. 177 del Codice dei contratti pubblici pone un duplice limite: «da un lato si impone al soggetto *in house* di aprirsi al mercato (...); dall'altro, circoscrive al residuo venti per cento la quota dei contratti affidati ad altra società *in house*» (così A. GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, cit., 77).

¹⁵ Cfr. D. MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione*, cit., 155 ss.

¹⁶ Stazione appaltante che, è il caso di ricordare, ai sensi del co. 1 dell'art. 192 *de quo* deve essere iscritta nell'elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti

natura materiale e amministrativa. In questo caso, da un lato, si ricadrebbe nella logica (che non appartiene, come già detto, al regolatore europeo) della subordinazione dell'utilizzo dell'*in house* alla previa e assorbente verifica di "fallimento del mercato" e, dall'altro lato, si tornerebbe ad incidere significativamente in senso restrittivo sulla portata del principio di «*libera amministrazione delle autorità pubbliche*».

La portata dell'impatto dei requisiti aggiuntivi di cui si discorre in termini di aggravio dell'agire pubblico, peraltro, erano stati confinati dal parere reso dal Consiglio di Stato nel parere 1 aprile 2016, n. 855, reso sullo schema del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'area di un più rassicurante «*onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche*»¹⁷. Rimane, ciononostante, la sensazione che essi non si esauriscono solo nelle condizioni di un più penetrante controllo (giurisdizionale) sulla scelta effettuata dalle pp. aa. dal momento che un siffatto onere non può che presupporre necessariamente anche una serie di attività prodromiche, funzionali al risultato di poter documentare in motivazione, senza incorrere in vizi, la scelta di aver (legittimamente) escluso il ricorso al mercato a beneficio della collettività.

aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.

¹⁷ Così Consiglio di Stato, Commissione speciale, cit., 188.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

3. La giurisprudenza amministrativa nello “scontro” tra il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche» e gli aggravamenti in tema di *in house providing* della disciplina nazionale di recepimento, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti d’incompatibilità eurounitaria

La questione da ultimo delineata non è sfuggita alla sensibilità dei giudici amministrativi che, chiamati all’applicazione dell’art. 192, co. 2, hanno subito rilevato le criticità insite negli aggravamenti citati.

A tal proposito, con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886, il Tar Liguria, sez. II, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), rubricato «*Regime speciale degli affidamenti in house*» (all’interno del Titolo II denominato «In house»), nella parte in cui, disponendo l’obbligo per le stazioni appaltanti di dare conto delle «*ragioni del mancato ricorso al mercato*» nella motivazione di un provvedimento di affidamento *in house*, introdurrebbe un aggravamento all’esercizio del potere discrezionale delle pp.aa. non riconducibile ad alcuno dei principi o dei criteri direttivi della l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, in tal modo violando indirettamente l’art. 76 Cost. La legge delega, più in particolare, al comma 1, lett. a) dell’art. 1 indica il divieto di *gold plating*, cioè il «*divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246*», e al comma 1, lett. eee) del medesimo articolo, riferibile agli affidamenti *in house*, sembra non contemplare criteri o principi idonei a giustificare la presenza nel decreto legislativo

del requisito indubbiato, limitandosi a disporre il rispetto della «*garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (...)*». Il giudice a quo, infatti, esclude categoricamente che all'uopo sia utile il riferimento alla «*valutazione della congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione*», rinvenibile nella *lett. eee*), in quanto esso atterrebbe «*alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti*», come evincibile dall'art. 97, co. 1, del Codice dei contratti pubblici¹⁸.

Di poco successiva è l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, che, pur muovendosi, di massima, all'interno dello stesso solco esegetico percorso dal Tar Liguria, non ha rinvenuto dubbi di ordine costituzionale interno nel rapporto tra legge delega e decreto legislativo, ma ha investito la CGUE della questione con rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. In questo caso le riserve sulla normativa interna sono scaturite dal suo diretto raffronto con le prescrizioni eurounitarie e sono state estese anche all'obbligo delle stazioni appaltanti di dare conto nella motivazione di cui sopra dei

¹⁸ Per una critica a tale impostazione, peraltro, sia consentito rinviare a C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019, n. 8.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

«benefici della collettività per la forma di gestione prescelta» (in house) ampliando, dunque, l'oggetto dell'indagine, non solo in senso materiale, con riferimento cioè agli specifici enunciati normativi, ma anche in senso sostanziale, avendo cioè riguardo all'intero impianto della scelta del legislatore delegato di porre condizioni all'autonomia di scelta delle pp.aa. ulteriori rispetto a quelle strettamente rinvenibili nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 e nel più generale quadro normativo europeo di riferimento.

La posizione emergente dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale sposta l'equilibrio fra principio di apertura al mercato e principio di autodeterminazione del potere discrezionale di scelta delle pp.aa. a favore di quest'ultimo in termini che, forse, mai erano stati spesi con così tanta nettezza da altre Corti nazionali.

L'interpretazione che il Consiglio di Stato in questa occasione fornisce, difatti, 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»*. 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 mercato»*. Insomma, la rivoluzione è copernicana. E i giudici di Palazzo Spada 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»*.

La tesi non solo si fonda su argomenti giuridici (esposti *supra* par. 3) ricavabili dall'ordinamento eurounitario, ma risponde anche ad incontrovertibili *«elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo»* (§ 3.1.4).

A voler diversamente argomentare, infatti, dando cioè pregiudiziale priorità al mercato, si dovrebbe sostenere *«senz'altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato; e 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»* (§ 3.1.6). Un siffatto indirizzo interpretativo eleverebbe il rispetto del principio concorrenziale a precondizione dell'agire pubblico, non bilanciabile proprio perché a pre-valenza *iuris et de iure*, quasi fosse un super-principio capace di trasformare l'*imprinting* interno a forte vocazione economico-sociale in un assetto concorrenza-centrico di portata persino più "invadente" di quanto lascerebbe

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

intendere la, pur ossimorica¹⁹, formula di «*economia sociale di mercato*» con cui frequentemente si cerca di caratterizzare il modello economico repubblicano. Tale osservazione è ben esplicitata dal Giudice del rinvio pregiudiziale che, alla luce delle premesse fin qui illustrate, ritiene che l'*in house providing* «*rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza*». E, ancora una volta, che «*per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o*

¹⁹ In questo senso, tra gli altri, più recentemente, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Archivio, 60; D. CALDIROLA, *Welfare State e vincoli di bilancio: ricadute sul principio di sussidiarietà*, in www.federalismi.it, www.federalismi.it, 2014, n. 22, 10; F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012, n. 4; C.P. GUARINI, *Prolegomeni in tema di sviluppo economico e principio personalista tra Costituzione repubblicana e "dottrina sociale della Chiesa"* in AA.VV, *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 519 ss., 530. A tale formula, peraltro, fa da *pendant* quella non meno ambigua e ossimorica di cui all'art. 3, co. 3, del TUE di «*economia sociale di mercato fortemente competitiva*», che lungi dall'essere edulcorata (alla "rinfusa", per così dire) dai riferimenti ad uno «*sviluppo sostenibile*», ad «*una crescita economica equilibrata*», agli obiettivi di «*piena occupazione*», di «*progresso sociale*» e di un «*elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*», disvela inequivocabilmente negli artt. 119, co 1 e 2, 120 e 127, co. 1, del TFUE il verso portante dell'UE in quello di una «*economia di mercato aperta ed in libera concorrenza*». Per una genealogia critica del principio *de quo* cfr., più di recente, *ex plurimis*, G. BUCCI, *Poteri delle Regioni tra governance economica e destabilizzazione sociale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 4; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Milano, 2016; F. GABRIELE, *Democrazia e potere economico fra dimensione sociale, sussidiarietà e controlimiti*, Relazione di sintesi Convegno annuale AIC, Modena, 10-11 novembre 2017, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2018, n. 3; M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, Relazione Convegno annuale AIC, Modena, 10-11 novembre 2017, *ibidem*, spec. § 2, al quale si rinvia anche per i numerosi e puntuali richiami bibliografici di contesto.

forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili» (§3.1.4).

4. Qualche breve osservazione conclusiva

La premessa comune da cui muovono sia i sospetti di incostituzionalità del Tar Liguria che i dubbi interpretativi del Consiglio di Stato è che, alla luce del dettato del co. 2 dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016, il legislatore nazionale abbia inteso, una volta di più, disciplinare l'*in house providing* quale istituto eccezionale, con ciò implicando che le regole che lo governano debbano essere interpretate in maniera rigorosa e restrittiva e che la scelta del ricorso all'autoproduzione debba necessariamente seguire l'impossibilità, congruamente motivata, di utilizzare all'uopo procedure di evidenza pubblica ovvero società miste che, comunque, presuppongono la gara per la scelta del socio privato²⁰.

²⁰ In tal senso già Consiglio di Stato, Ad. plenaria, decisione 3 marzo 2008, n. 1, che definisce la differenza tra società *in house* e società miste a partecipazione pubblica maggioritaria: la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione «*dal punto di vista sostantivo*», in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa; la seconda, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone, invece, la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovano convergenza. Analoga la decisione della Corte di giustizia UE, sentenza 17 luglio 2008, "*Comune di Mantova*", C-371/05, di poco successiva. Sul punto cfr. già C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale: un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e appalti*, 2008, 1401 ss.

Il principio eurounitario di «libera amministrazione delle autorità pubbliche»

Il marcato dissenso in ordine a tale impostazione, rinvenibile anche in altri passaggi argomentativi delle ordinanze qui brevemente esaminate, rinsalda il fronte di quella giurisprudenza amministrativa orientata a riequilibrare il peso del principio di auto-organizzazione delle pp.aa. rispetto a quello della tutela della concorrenza.

Tale equilibrio, a opinione del Tar Liguria, è, tra l'altro, già esistente all'interno del nostro ordinamento alla luce del dettato dell'art. 34, co. 20, del d.l. 179 del 2012, convertito in l. 221 del 2012, che, in materia di scelta della forma di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non contiene *«alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato»*, diversamente, quindi, da quanto disposto dal (successivo) co. 2 dell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici per gli affidamenti *in house*. Equilibrio, quest'ultimo, che ad opinione del Consiglio di Stato, non può essere alterato a meno di non voler concludere per *«una priorità sistematica al principio di messa in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione»* (§ 3.1.6) che non sembra, invece, emergere dal diritto dell'UE che, semmai, sembra consolidare principi con valenza generale che non consentono *«l'introduzione di disposizioni volte a riconoscere a una delle modalità di attribuzione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche (come l'affidamento in house) un ruolo giuridicamente subordinato rispetto alle altre»* (§ 3.1.5)²¹.

²¹ All'uopo il Consiglio di Stato ricorda: a) i *considerata* delle direttive UE; b) l'art. 2 della direttiva UE 2014/23; c) la *Comunicazione* interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (doc. C(2007)6661, 5 febbraio 2008) della Commissione europea; d) la

Per avere più saldi spunti di riflessione sul concreto futuro dei margini di discrezionalità delle pp.aa. all'atto di procedere ad affidamenti *in house providing* non resta che attendere le decisioni delle Corti investite delle due questioni, per quanto non possa non rilevarsi come l'intreccio tra le due vicende dia luogo ad una classica, quand'anche non frequente, ipotesi di *interferenza* tra "giudizi di rinvio"²² che, come altrove descritto²³, potrebbe condurre ad una inauspicata eterogenesi dei fini perseguiti dai giudici *a quibus*, dando luogo ad un tanto repentino quanto inatteso ritorno al passato. In tal caso, tornerebbe a riproporsi uno scenario in cui l'*in house providing* precipiterebbe nuovamente nell'inesausto dibattito relativo alla sua natura ma con armi spuntate per i sostenitori della tesi che si oppone alle scelte pro-concorrenziali del legislatore in questo ambito specifico.

giurisprudenza di contesto della CGUE che «*ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione*».

²² Stando alla citata classificazione che, delle possibili sovrapposizioni tra i giudizi della CGUE e delle Corti costituzionali nazionali, fa A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di «comunitarietà»*, in *Giur. cost.*, 2004, 1732 ss., 1733, nel caso di specie dovrebbe trattarsi di *doppia pregiudizialità indiretta* del tipo «B2», che si materializza quando «la Corte costituzionale rileva che pende davanti alla Corte di Giustizia una questione interferente con il proprio giudizio».

²³ C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing*, cit., 30 ss.