



20 NOVEMBRE 2024

federalismi.it

Fascicolo n. 28/2024



ISSN 1826-3534

Numero 28, 2024

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

Comitato di direzione: Prof. Andrea Biondi, Prof. Luisa Cassetti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: dott. Federico Savastano (Redattore Capo); dott. Stefano Aru; Prof. Francesco Battaglia; Prof. Cristina Bertolino; dott. Giovanni Boggero; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; dott. Giovanni Piccirilli; Prof. Massimo Rubechi; Prof. Martina Sinisi; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Andrea Caravita di Toritto; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Luisa Giurato; dott. Eleonora Iannario; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola, dott. Giulia Vasino.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Tra dilemmi ed opportunità: la vittoria di Donald Trump e le sfide per la democrazia negli Stati Uniti, di *Francesco Clementi* iv

SAGGI E ARTICOLI

- La competenza legislativa regionale in materia di energie rinnovabili al vaglio dei limiti statali e delle competenze trasversali, di *Matteo Battistelli* 1
- Macro-rigenerazione urbana: tra partecipazione dei privati e discrezionalità amministrativa, di *Federica Ciarlariello* 16
- L'*in-house providing* nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato, di *Luigia Michela Fera*..... 33
- Barriere giuridiche all'asilo e limiti all'integrazione: un'analisi di diritto processuale penale. Il caso dei rifugiati Hazara in Italia, di *Daniela Mainenti* 53
- Il trattamento dei dati biometrici nell'IA Act: intersezioni tra la normativa di protezione dei dati e la nuova disciplina europea dell'intelligenza artificiale, di *Francesca Mollo*..... 91
- La Regione Abruzzo e l'energia: le vicende delle comunità energetiche rinnovabili e delle concessioni idroelettriche, di *Giovanni Provisiero* 130
- Il principio di integrazione in prospettiva comparata: riflessioni sull'esperienza francese, di *Francesco Scattolin* 145
- Quando le autocrazie sfidano la forma di stato liberal-democratica: riflessioni a margine del recente "editto" russo, di *Alessandro Sterpa e Eleonora Iannario* 192

L'*in-house providing* nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato^{*}

di Luigia Michela Fera

Dottoranda in Diritto pubblico dell'economia
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: L'articolo analizza il modello dell'*in-house providing* alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023). In una prospettiva di analisi economica del diritto, viene esaminata la tensione tra autoproduzione ed esternalizzazione dei servizi pubblici, attraverso una riflessione sul principio del risultato, sull'efficienza economica delle scelte organizzative della Pubblica Amministrazione e sulle implicazioni per la tutela della concorrenza e del mercato.

Title: In-house providing in the new public contracts code: between freedom of administrative self-organisation and the protection of competition and the market

Abstract [En]: The article analyzes the in house providing model in light of the new Public procurement code (Legislative Decree 36/2023). From a law and economics perspective, it examines the tension between self-production and outsourcing of public services, offering a reflection on the outcome principle, the economic efficiency of the Public Administration's organizational choices, and their implications for competition protection and the market.

Parole chiave: Codice dei contratti pubblici, *in house providing*, autonomia organizzativa, tutela della concorrenza, principio del risultato

Keywords: Public procurement code, in house providing, organizational autonomy, competition protection, outcome principle

Sommario: 1. Introduzione. 2. La disciplina dell'*in house providing* nel diritto europeo. 3. La disciplina dell'*in house providing* nel d.lgs. 50/2016. 4. Le posizioni a sostegno dell'eccezionalità dell'*in house providing*. 5. La riforma introdotta con il nuovo codice dei contratti pubblici e l'allineamento con la disciplina europea. 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La Pubblica Amministrazione, ogni qual volta decide di concludere un contratto passivo con cui si procura beni, lavori, servizi strumentali allo svolgimento della sua attività, soggiace alle regole dell'evidenza pubblica. La procedura di gara, infatti, da una parte consente all'Amministrazione di stipulare il miglior contratto per soddisfare l'interesse pubblico rimesso alla sua cura¹, dall'altra permette

^{*} Articolo sottoposto a referaggio.

¹Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 31, secondo cui «anche nella scelta tra più mezzi egualmente consentiti, l'amministrazione è tenuta a dare preferenza al più adatto, più utile e conveniente in ordine al fine che si tratta di conseguire: l'uso di un mezzo inadatto o inopportuno costituisce vizio di merito dell'attività. È chiaro, quindi, quanto sia diversa la discrezionalità

di tutelare la concorrenza tra operatori economici potenzialmente interessati a diventare sue controparti negoziali². Attraverso il rispetto delle regole di gara, il legislatore vuole scongiurare il rischio che l'Amministrazione alteri il corretto funzionamento del mercato, attribuendo vantaggi economici che non rispondono alle logiche del merito concorrenziale.

Il settore delle commesse pubbliche genera notevoli guadagni per le imprese che vi accedono. Se non ci fosse un'adeguata disciplina della gara diretta a selezionare il migliore offerente, la libera prestazione di servizi e la libera circolazione degli operatori economici, sanciti rispettivamente dagli artt. 56 e 45 T.F.U.E., non risulterebbero effettivamente garantiti. La necessità che i contratti pubblici vengano aggiudicati secondo criteri concorrenziali è un obiettivo strettamente correlato alla piena attuazione delle libertà economiche su cui si fonda l'Unione Europea³.

La disciplina pro concorrenziale europea ha influenzato la normativa e la giurisprudenza nazionali in tema di evidenza pubblica. A partire dagli anni Ottanta del Novecento ha cominciato a farsi strada l'idea che la normativa in materia di appalti pubblici dovesse essere diretta a tutelare anche la libera concorrenza tra imprese operanti negli Stati membri dell'Unione Europea⁴. In questo modo, accanto all'interesse finanziario del singolo Stato, la gara permette di realizzare un mercato unico e concorrenziale aperto a tutti gli operatori che intendono accedervi. Tutelare il bene giuridico concorrenza significa non solo garantire, nella gara, pari opportunità e non discriminazione alle imprese nazionali ed europee ma anche, e soprattutto, agevolarne la partecipazione (cd. principio del *favor participationis*)⁵.

dell'amministrazione dalla comune libertà. Quest'ultima è la facoltà di scelta di cui ciascuno dispone nella direzione della propria vita e nella cura dei propri interessi; quella è la facoltà di scelta propria di colui che agisce al servizio degli altri, cioè per il conseguimento di fini altrui, di fini da altri imposti e voluti».

² Mentre l'originaria disciplina dei contratti pubblici, di cui al «Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello stato» (Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440) era diretta a garantire una gestione corretta ed efficiente del denaro pubblico, i successivi interventi legislativi l'hanno resa una «procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo» (in questi termini, cfr. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, p. 301). Tale evoluzione è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, in una prospettiva di «definitivo superamento della concezione contabilistica che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse della P.A.». Per i giudici delle leggi è mutato «il profilo funzionale della evidenza pubblica, che da disciplina posta a presidio delle esigenze dell'interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dall'esclusivo punto di vista della P.A., diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese» (cfr. C. Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401, in *Consulta online*).

³ Si condivide la posizione di quanti ritengono che le direttive sui contratti pubblici non hanno le medesime finalità concorrenziali di cui agli artt. 101 ss. T.F.U.E. perché l'amministrazione non è regolatore della concorrenza tra imprese, ma un soggetto che si rivolge al mercato per stipulare il miglior contratto che le consente di ottenere beni, lavori e servizi idonei a soddisfare le sue esigenze (Cfr. M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 545 ss.; M. CLARICH, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 545 ss.; E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A. - Pers. amm.*, 1, 2022, p. 284 ss.).

⁴ Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 346.

⁵ I. TURTURO, *Tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici: analisi dei principali istituti pro- concorrenziali e dei limiti alla libera concorrenza nel rispetto delle pari opportunità di genere e generazionali negli appalti PNRR*, in *Il diritto amministrativo*, 2024, p.3.

Il processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti è stato tutt'altro che agevole. Dalla lettura della direttive del c.d. pacchetto appalti⁶ emerge la scelta di fondo che ha animato la disciplina europea, ossia riconoscere una maggiore discrezionalità all'amministrazione, con conseguente responsabilità per le scelte operate⁷. Ciò nonostante, l'approccio seguito nel nostro ordinamento con il vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) era di dettagliata regolamentazione della procedura di gara con forte limitazione della discrezionalità della stazione appaltante – ente concessionario⁸.

L'obiettivo avuto di mira dal legislatore nazionale era prevenire la corruzione nel settore appalti, considerati i numerosi interessi economici ivi coinvolti, attraverso un codice che fissava regole così puntuali da risultare spesso inapplicabili senza margine di errore. Il rigido formalismo non ha contribuito alla semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato ma ha incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo. Si è opportunamente parlato, a tal proposito, di eccesso di diritto amministrativo⁹ perché, in nome della trasparenza e dell'anticorruzione, è stata codificata una parte dell'ordinamento che avrebbe avuto maggiore fortuna se fosse rimasta come sistema di principi, elaborato dalla giurisprudenza. La principale funzione della procedura ad evidenza pubblica era la tutela della concorrenza tra operatori, in nome della quale veniva finanche sacrificato l'interesse all'affidamento e all'esecuzione efficiente del contratto.

Muovendo da tale critica, il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) è intervenuto in un'ottica di semplificazione, dedicando i suoi primi dodici articoli ai principi generali della materia. Dalla lettera dell'art. 1 d.lgs. 36/2023, rubricato "Principio del risultato", emerge come l'obiettivo da perseguire, nel momento in cui l'Amministrazione intenda stipulare un contratto d'appalto, non sia la gara in sé ma la conclusione di un negozio che assicuri prestazioni utili con il miglior rapporto qualità – tempo – prezzo¹⁰.

⁶Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. "settori ordinari", direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. "settori speciali" (acqua, energia, trasporti, servizi postali) e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁷Sul tema, cfr. F. MARTINES, *La direttiva UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi*, 2015, p. 3.

⁸ Sul punto cfr., senza pretesa di esaustività, D. U. GALLETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici, e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 371 ss.; V. GUERRIERI, *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra continuità e innovazione*, in *Il Societario*, 2016; E. CODAZZI, *Società in house providing*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 953 ss; P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016; 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. pub. com.*, 2018, p. 555 ss.; S. FORTUNATO, F. VESSIA, *Le «nuove società» partecipate e in house providing*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 77 ss.; G. B. REGGIANI, *In house providing, capitali privati e vincoli per il legislatore*, in *Federalismi*, 2019.

⁹ F. CINTIOLI, *Dialoghi di diritto dell'economia*, F. Cintioli versus M. Mazzamuto: *riformare i contratti pubblici?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 859.

¹⁰ In omaggio al Teorema di Coase, secondo il quale attraverso il mercato, dunque la contrattazione privata, è possibile giungere a un'efficienza, ossia a un benessere sociale, superiore rispetto a quello che è possibile ottenere con l'intervento dello Stato.

La concorrenza non può essere il fine ultimo, perché quest'ultimo è garantire «il buon funzionamento dell'attività economica e condizioni di vita decenti ed umane»¹¹; pertanto essa rileva come mezzo per raggiungere tale obiettivo. Più precisamente, il secondo comma dell'art. 1 d.lgs. 36/2023 qualifica la concorrenza come lo strumento funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento ed esecuzione del contratto.

La concorrenza non deve essere tutelata sempre e ad ogni costo, ma solo qualora l'amministrazione scelga di ricorrere al mercato. L'alternativa è l'autoproduzione¹², alla quale è dedicato l'art. 7 d.lgs. 36/2023¹³, in una posizione di tendenziale parità con l'esternalizzazione¹⁴.

¹¹ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DORTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2010, p. 50.

¹² L'istituto dell'*in house providing* è stato disciplinato, nell'ordinamento nazionale, dal d.lgs. 50/2016. Per un apprendimento sul tema dell'autoproduzione, prima della sua positivizzazione, cfr. G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1461 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001, p. 537 ss.; C. ALBERTI, *Appalti "in house", concessioni "in house" ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, p. 494 ss.; G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Bologna, 2007, p. 409 ss.; S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito interno e realtà comunitaria (commento a C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719)*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 211 ss.; R. CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i contorni dell'in house pubblico (commento a Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07)*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1251 ss.

¹³ Sul principio di auto-organizzazione amministrativa di cui all'art. 7, d.lgs. 36/2023, cfr. A. DINI, *Articolo 7, Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in F. RUSSO (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2023, p. 33 ss.; L. FURNO, *Il dibattito sul controverso rapporto tra il principio concorrenziale e quello di autoproduzione*, in R. GIOVAGNOLI, G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 63 ss.; A. ZITO, *L'affidamento alla società in house: profili problematici tra vecchia e nuova disciplina*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 76 ss.; C. CHIARIELLO, *Il principio del risultato*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMINI (a cura di) *I nuovi appalti pubblici*, 2024, p. 9 ss.; M. DELSIGNORE, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa*, in R. VILLATA e M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2024, p. 35 ss.; A. GUIDUCCI, *Le società in house nel vigente ordinamento*, in *Azienditalia*, 2024, p. 884.

¹⁴ Cfr. *Consiglio di Stato*, Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, in *Giustizia Amministrativa*, che nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea sulla corretta interpretazione dell'art. 12, par. 3, direttiva 24/2014/UE, ha osservato come «l'affidamento in house è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e di autoproduzione, così che tale affidamento rappresenterebbe non già un'eccezione residuale, bensì un'opzione di base allo stesso titolo dell'affidamento a terzi mediante gara d'appalto. Anzi, l'in house rappresenterebbe una sorta di antecedente logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o di esternalizzazione dei servizi di proprio interesse, dato che un'amministrazione può procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture soltanto una volta che le vie interne dell'autoproduzione o dell'internalizzazione non si siano dimostrate percorribili o utilmente percorribili». La CGUE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, disponibile in *Eur-Lex*, ha, tuttavia, offerto una soluzione che sembra protesa verso un ritorno all'orientamento che pone l'in house in posizione eccezionale rispetto all'ordinario affidamento tramite gara pubblica, richiedendo perciò una giustificazione stringente ed approfondita alla scelta. Nel testo dell'ordinanza si legge che la normativa europea autorizza i legislatori nazionali a «subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna [...]». L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche "contratto in house", all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna».

Nell'indagare l'efficienza della soluzione pensata dal nuovo codice dei contratti pubblici¹⁵, che rimette alla discrezionalità amministrativa la scelta tra autoproduzione, esternalizzazione e cooperazione amministrativa, è opportuno partire da un approccio di analisi economica del diritto¹⁶. In tale prospettiva, i problemi giuridici devono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili¹⁷. Attraverso questo confronto, condotto con le modalità analitiche tipiche della microeconomia, emergerà la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi.

È quindi essenziale illustrare il concetto di efficienza e, per farlo, bisogna richiamare gli studi dell'economista Vilfredo Pareto, secondo cui il sistema economico più efficiente è quello che realizza un'allocatione delle risorse tale per cui non è possibile migliorare il benessere di un individuo senza peggiorare quello di almeno un altro individuo¹⁸. Distinta dall'efficienza è l'effettività, anch'essa oggetto

¹⁵ Sul tema si leggano le riflessioni di D. ANDRACCHIO, *Il mercato dei contratti pubblici e la autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, in *Diritto pubblico europeo*, 2024, p. 87 ss.

¹⁶ L'analisi economica del diritto segue il metodo induttivo e consente di rispondere al quesito se la norma in esame sia efficace, quindi se sia in grado di raggiungere gli obiettivi per cui è posta. In dottrina sono presenti molteplici contributi che affrontano l'utilità dell'applicazione dei modelli economici nello studio del diritto. Cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 184 ss., i quali evidenziano come l'errore metodologico in cui tale analisi rischia di incorrere è quello di scambiare lo strumento, ossia la nozione di efficienza, utilizzato come modalità per conseguire un determinato obiettivo, con il fine perseguito dalle stesse norme. Per un approfondimento sulla rilevanza dell'analisi economica nello studio di questioni giuridiche si rinvia, senza pretesa di esaustività, a P. CHIASSONI, *Law and economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; G. BELLANTUONO, P. IAMICELI, *Analisi economica del diritto*, Trento, 2005; P. CIOCCA, I. MUSU (a cura di), *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Torino, 2006; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 299 ss. Nella letteratura straniera è stata la Scuola di Chicago, con il suo alfiere R. POSNER, ad avere avuto il merito di proporre un'analisi del diritto attraverso i criteri interpretativi propri delle scienze economiche. Più precisamente, l'individuo posneriano s'inscrive nel modello dell' *homo economicus* "razionale", il cui obiettivo coincide con la massimizzazione del proprio benessere (cfr. R. POSNER, *Economic Analysis of Law. Sixth edition*, New York, 2003). Merita di essere ricordata anche la posizione di G. CALABRESI che, spinto dalla necessità di formulare giudizi oggettivi sugli istituti giuridici a disposizione nella risoluzione di questioni giuridiche di rilevante valore sociale, ha fatto ricorso in modo innovativo agli strumenti economici, riconoscendone limiti e potenzialità. Questi ultimi, infatti, possono fornire una spiegazione diversa dei fenomeni giuridici, che va al di là della semplice analisi costi-benefici (cfr. G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, *Yale Law Journal*, 1961; *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970). Così procedendo, il risultato a cui si giunge è un aumento del livello di effettività sia delle regole che impongono ordini o divieti, sia di quelle che riconoscono diritti e tutele (in questi termini, cfr. M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *La questione amministrativa dell'effettività: regole, decisioni, fatti*, in *Diritto Pubblico*, 2019, p. 748 ss.). Quando, infatti, le decisioni vengono assunte sulla base di analisi di tipo empirico, condotte secondo le scienze comportamentali, emerge come gli individui e le imprese scelgano di sfruttare le opportunità offerte dalle previsioni normative non necessariamente basandosi su un'analisi costi-benefici, ma anche influenzati dalle norme sociali (cfr. P.W. SCHULTZ, J.M. NOLAN, R.B. CIALDINI, N.J. GOLDSTEIN, V. GRISKEVICIUS, *The constructive, destructive, and reconstructive power of social norms*, in *Psychological Science*, 2007, p. 429 ss.) e dall'esperienze pregresse (cfr. A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 1973, p. 207 ss.).

¹⁷ M. V. LUMETTI, *Processo cautelare, analisi economica e giurisdizione di risultato. Il giudice amministrativo come giudice dell'economia*, in *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012, p. 641.

¹⁸ M. VATIERO, *Understanding power. A law and economics approach*, Saarbrücken: VDM-Verlag Publisher, 2009, p. 35 ss.

di studi nell'ambito dell'analisi economica del diritto¹⁹, e coincidente con il potere di produrre il risultato avuto di mira. Sempre più frequentemente le disposizioni legislative prevedono che le Amministrazioni adottino decisioni sulla base di studi d'impatto o altre forme di valutazioni che consentano, in via preventiva, di misurarne l'effettività²⁰.

2. La disciplina dell'*in house providing* nel diritto europeo

Sulla base di tali premesse, in questo contributo si analizza il fenomeno dell'autoproduzione di beni, servizi, lavori e forniture da parte delle Pubbliche Amministrazioni, in rapporto al ricorso al mercato dei contratti pubblici, nella prospettiva dell'efficienza paretiana.

Le Pubbliche Amministrazioni, al fine di disporre dei mezzi necessari a perseguire le finalità etero – imposte dalla legge²¹, si sono sempre trovate dinanzi ad una scelta comune a qualsiasi altro individuo razionale²²: autoproduzione o ricorso al mercato?

Nonostante la regolazione giuridica delle commesse pubbliche sia stata interessata da un'ipertrofia normativa, l'alternativa tra esternalizzazione e autoproduzione è sempre stata presente.

La scelta tra *make or buy*²³ si pone anche per le organizzazioni private, tenute a una costante verifica dei vantaggi che reca l'autoproduzione, quali il maggior controllo dei fattori produttivi e il contenimento della spesa per le forniture acquistate da operatori terzi, e i suoi svantaggi, coincidenti con un'implementazione delle regole organizzative aziendali e con la rinuncia delle migliori soluzioni che, spesso, il mercato è in grado di offrire.

A partire dal Libro Bianco sugli appalti del 1998 della Commissione Europea, l'autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte dell'amministrazione attraverso società da essa controllate come fossero uffici interni è stata indicata con il nome di *in house providing*, in contrapposizione all'*outsourcing*, o *contracting out* (c.d. esternalizzazione).

¹⁹ Cfr. R. COOTER, *Expressive Law and Economics*, in *Journal of Legal Studies*, 1998, p. 585 ss.; C.R. SUNSTEIN, *On the expressive function of Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, p. 2021 ss.

²⁰ Sul punto cfr., *ex multis*, M. MOUSMOUTI, *Effectiveness as an Aspect of Quality of EU Legislation: Is it Feasible?*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2014, p. 309 ss. Il tema è, inoltre, ampiamente trattato da M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

²¹ L'attività amministrativa, come si ricava dall'art. 97 Cost. e dall'art. 1 l. 241/1990, non è mai libera nella scelta del fine che intende perseguire ma deve realizzare l'interesse pubblico per la cui cura sono funzionali i poteri pubblici attribuiti dalla legge.

²² Nella teoria delle scelte razionali (TSR), rappresentante il modello di comportamento umano alla base della teoria economia nella sua versione neoclassica, l'attore è visto come un'unità strutturata di preferenze che attraverso una serie di passaggi portano a delle scelte, che gli consentono di massimizzare ciò che desidera e minimizzare ciò che non vuole. Cfr. S. BRACALETTI, *La teoria della scelta razionale. Applicazioni e problematiche*, in *Consecutio rerum*, 2017, p. 198 ss.

²³ Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, p. 1283.

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea²⁴ ha contribuito alla sua diffusione, prendendo a modelli gli orientamenti giurisprudenziali²⁵ già consolidati rispetto alla soggettività nel diritto concorrenziale. Ove manchi una sostanziale terzietà tra la società controllata dall'ente pubblico e l'ente medesimo (ovvero pluralità di enti, *c.d. in house congiunto* o *pluripartecipato*²⁶), l'appalto o il servizio non dovranno essere messi a gara, perché quest'ultima presuppone un mercato, almeno potenziale, ed è strumentale al raggiungimento di un accordo tra soggetti distinti. Se non c'è terzietà non c'è mercato bensì mera ripartizione di compiti²⁷. In un passaggio della nota sentenza *Teckal*²⁸, a tal proposito si legge che: «relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte. A questo proposito, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

Gli elementi caratterizzanti l'*in house providing*, pertanto, sono il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e l'attività prevalente dell'ente svolta a favore dell'ente pubblico controllante.

In passato, la giurisprudenza comunitaria²⁹ richiedeva, per poter integrare il requisito del controllo analogo, la partecipazione pubblica totalitaria, posto che la partecipazione, anche minoritaria, di soggetti

²⁴ La giurisprudenza sui rapporti *in house* ha trovato il suo primo e puntuale riconoscimento in CGUE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, in Riv. it. dir. pubbl. comm., 2000, p. 1393 ss.

²⁵ Cfr., *ex multis*, CGUE, Sez. VI, 24 ottobre 1996, causa C-73/95, *Vibo Europe BV*, in Eur-lex, in cui si legge che quando una società madre e le sue affiliate «costituiscono un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di reale autonomia nella determinazione della propria linea d'azione sul mercato [...] bensì applicano le istruzioni loro impartite dalla società madre, che le controlla, [...] la circostanza che la politica di rinvio praticata [da quest'ultima], consistente in sostanza nel ripartire i diversi mercati nazionali tra le sue filiali, possa sortire effetti al di fuori della sfera del gruppo, [...] eventualmente pregiudizievoli per la posizione concorrenziale dei terzi, non è atta a rendere applicabile l'art. 85, n.1, Trattato». L'art. 85 TCE vietava gli accordi tra imprese e le pratiche concordate che potessero «pregiudicare il commercio tra Stati membri» e che avessero ad «oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune».

²⁶ Sul punto, la CGUE, Sez. III, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, in Eur-lex, ha chiarito che il controllo analogo dell'ente pubblico – requisito indefettibile ai fini della configurazione del modello *in house* insieme a quello dell'attività svolta dalla società prevalentemente a favore dell'ente pubblico – può essere esercitato non solo individualmente ma anche da una pluralità di Amministrazioni Pubbliche. Allorquando più autorità pubbliche decidono di svolgere congiuntamente alcuni servizi pubblici, facendo ricorso a una società che esse detengono in comune, è escluso che una sola di esse possa soddisfare il requisito del controllo determinante sulle decisioni della società. In questi casi, si ritiene che gli enti pubblici possano esercitare il controllo congiuntamente. I principi così espressi dalla giurisprudenza europea sono stati recepiti dal Consiglio di Stato (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *DeJure*), che ha escluso la qualificazione in termini di *in house* del Consorzio interuniversitario CINECA, escludendo la sussistenza di un controllo congiunto da parte delle Università consorziate a causa della posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR, nell'influencare l'organizzazione e il funzionamento di CINECA.

²⁷ F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, p. 248.

²⁸ CGUE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, cit., punti 49-50.

²⁹ CGUE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, in Eur-Lex; CGUE, Grande Sezione, 21 luglio 2005, C-231/03, *Consorzio Coname*, in Eur-Lex; CGUE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05, *Je.Au.*, in Eur-Lex.

privati al capitale di una società escludeva, in ogni caso, la possibilità per l'Amministrazione di esercitare un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi. La partecipazione pubblica totalitaria rappresentava una condizione necessaria ma non ancora sufficiente perché occorreva verificare la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli che il diritto civile riconosceva a favore del socio totalitario, con conseguente capacità dell'Amministrazione di incidere sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della società³⁰.

Il secondo requisito che, secondo quanto stabilito dalla sentenza *Teckal*, deve sussistere ai fini della configurazione dell'*in house* è quello dell'attività prevalentemente svolta dalla società a favore dell'ente pubblico di appartenenza. Per fare ciò è necessario che l'affidatario non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, o li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante³¹.

Sui requisiti dell'*in house providing* elaborati dalla Corte di giustizia ha inciso in modo determinante il legislatore europeo, attraverso le direttive in materia di contratti pubblici: art. 12 della direttiva 2014/24/UE, art. 28 della direttiva 2014/25/UE, art. 17 direttiva 2014/23/UE.

La più importante novità introdotta dalle predette direttive è il riconoscimento dell'*in house* nonostante l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria. L'istituto è, infatti, compatibile con forme di partecipazione di capitali privati «che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati» e che non si traducano in «un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»³².

3. La disciplina dell'*in house providing* nel d.lgs. 50/2016

Nel recepire le direttive, il vecchio codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) ha fissato il requisito dell'attività prevalente svolta nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice in misura superiore all'80% (cfr. art. 5, lett. b, d.lgs. 50/2016) e, rispetto al controllo analogo, dopo aver confermato che esso si traduce in influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, ha precisato che «tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore» (art. 5, co. 2, d.lgs.

³⁰ Cfr. CGUE, Sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*, in *Eur-Lex*.

³¹ In tal senso si è espresso il Cga per la Regione Sicilia (sentenza 4 settembre 2007, n. 719), in *Giustizia Amministrativa*, secondo cui: «più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato».

³² Cfr. art. 17, lett. c), direttiva 2014/23/UE.

50/2016). Si tratta del c.d. *in house* a cascata in cui, sebbene manchi una relazione diretta tra organismo *in house* e amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima esercita un controllo analogo su ente che a sua volta controllo la società *in house*. In forza di tale controllo indiretto è, quindi, ammesso l'affidamento diretto da parte dell'ente pubblico nei confronti dell'organismo *in house*.

Oltre all'*in house a cascata* e all'*in house pluripartecipato*³³, il codice dei contratti pubblici del 2016 ha disciplinato l'*in house invertito o capovolto*, che si configura qualora il soggetto controllato, essendo a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione al soggetto controllante. L'*in house* orizzontale, invece, si caratterizza per il fatto che una persona giuridica controllata, che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due operatori distinti, di cui uno affida un contratto all'altro³⁴.

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016), in linea con la giurisprudenza europea, definisce le società *in house* come quelle che ricevano affidamenti diretti di contratti pubblici dall'amministrazione che, su di esse, esercita il controllo analogo ovvero dalle amministrazioni che esercitano il controllo analogo congiunto purché non vi sia la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quelle che non comportino il controllo o il potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici.

Alla luce di tali caratteristiche, l'ente *in house* non può considerarsi terzo rispetto all'Amministrazione controllante, ma deve considerarsi uno dei servizi dell'Amministrazione medesima. La Pubblica Amministrazione, nell'adempiere i compiti di interesse pubblico su di essa gravanti, non può essere obbligata a ricorrere a entità esterne che non appartengono ai suoi servizi³⁵, quindi al mercato. La tutela della concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche trova, infatti, un limite insuperabile nel fenomeno dell'autoproduzione, a sua volta basato sul principio di autorganizzazione amministrativa³⁶.

L'affidamento *in house* rimane, tuttavia, una «*speculare forma di autoproduzione*»³⁷. Analizzandolo da un punto di vista privatistico, emerge la presenza di un contratto tra due soggetti distinti, sicché potrebbe prevalere la prospettiva dell'esternalizzazione. Anche dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa, l'affidamento *in house* si presenta più come un'esternalizzazione che come una forma di autoproduzione,

³³ Su quest'ultimo si veda, *supra*, nt. 19.

³⁴ Per un ulteriore approfondimento delle diverse tipologie di *in house providing*, introdotte con il d.lgs. 50/2016, cfr. *Parere della Corte dei Conti – Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 182, 20 ottobre 2021*.

³⁵ Cfr. *CGUE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, cit.*, punto 48.

³⁶ Cfr. G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, p. 19.

³⁷ In questi termini, B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, p. 1283.

soprattutto perché esso avviene normalmente a favore di organismi la cui veste giuridica è privata. Ne derivano ulteriori vantaggi, come la flessibilità organizzativa e la rapidità di azione, e corrispondenti svantaggi, consistenti nei rischi che derivano dall'assenza di regole e controlli pubblicistici. Tuttavia, l'assenza di alterità soggettiva e di potere decisionale, conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico del socio pubblico, fanno sì che la società *in house* mantenga del modello societario esclusivamente la forma esteriore, per diventare una *longa manus* dell'amministrazione³⁸.

Nella logica del diritto dei contratti pubblici, dunque, si tratta di una soluzione che si avvicina maggiormente a quella interna. Il requisito del controllo analogo richiesto ai fini della configurazione del modello *in house* impedisce di qualificare la società come terza rispetto all'organizzazione amministrativa. Sui confini del controllo analogo sono intervenute, di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁹, differenziandolo dal controllo gerarchico che la P.A. esercita sui propri uffici e limitandolo alle decisioni fondamentali del soggetto *in house*, ossia a quelle che ne dettano la linea strategica⁴⁰.

Dell'esternalizzazione, inoltre, manca un elemento fondamentale, la cui assenza è proprio l'elemento che ha fatto la fortuna degli affidamenti *in house*: la gara.

La gara non è elemento imprescindibile dell'esternalizzazione: è possibile stipulare contratti con operatori privati anche senza ricorrere alle regole dell'evidenza pubblica. Si tratta, tuttavia, di ipotesi da sempre eccezionali rispetto alla regola del *pubblico incanto*, enunciata già nella legge Cavour del 1853⁴¹.

L'ambito di operatività di tali eccezioni si è progressivamente ristretto anche attraverso l'influenza del diritto europeo, al fine di garantire la concorrenza nel settore delle commesse pubbliche, considerate le importanti opportunità di guadagno⁴². Nella relazione speciale della Corte dei conti europea sugli appalti pubblici nell'UE⁴³ viene evidenziato come, sebbene la spesa per gli appalti pubblici corrisponda al 14% del P.I.L. dell'UE, il livello di concorrenza negli ultimi 10 anni è diminuito⁴⁴. Le procedure ad evidenza

³⁸ Cfr. Cass. Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283 (Rordorf), in *DeJure*.

³⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632, in *DeJure*.

⁴⁰ Sul tema, cfr. E. CARUSO, *Per una rilettura funzionale del rapporto in house: riflessi sul controllo analogo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2024, p. 126. Per l'A. è giusto accogliere una nozione flessibile di controllo analogo, che opererebbe come una valvola di garanzia del sistema *in house*, in grado di assumere forme e intensità differenti a seconda della circostanza che si presenti nel caso concreto.

⁴¹ L'art 24 della legge 23 marzo 1853, n. 1483, così recitava: «Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti in conformità dei Regolamenti, salvo le eccezioni indicate nell'archivio, seguente, od altrimenti stabilite dalle leggi».

⁴² La Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2023, presentata il 14 maggio 2024 presso la Sala Regina della Camera dei Deputati, ha evidenziato come il valore complessivo degli appalti di importo pari o superiore a 40.000 euro, per entrambi i settori ordinari e speciali, si è attestato intorno ai 283,4 miliardi di euro per più di 267mila appalti, in www.anticorruzione.it.

⁴³ Relazione n. 28/2023, in www.eca.europa.eu.

⁴⁴ La Corte dei conti europea ha evidenziato un significativo aumento delle gare in cui veniva presentata un'unica offerta, un elevato livello di aggiudicazioni dirette in molti Stati membri (in Italia, l'ANAC ha rilevato che gli affidamenti diretti, nel 2023, rappresentano il 49,6% del numero totale degli appalti di importo pari o superiore a 400.000 euro) e un livello limitato di appalti transfrontalieri diretti tra Stati membri. La riforma avviata con le direttive del 2014 non ha portato i risultati sperati: offerenti e amministrazioni aggiudicatrici considerano le procedure di appalto pubblico fonte di notevoli

pubblica, articolate in diverse fasi che costringono le amministrazioni ad adempimenti defatiganti⁴⁵, generano costi diretti per le risorse professionali e finanziarie stanziare e indiretti per i tempi delle procedure, spesso molto lunghi anche a causa delle numerose contestazioni giudiziarie effettuate dai soggetti coinvolti. Le risorse impiegate non sempre hanno un ritorno nella selezione dell'offerta più vantaggiosa. Inoltre, le lungaggini procedurali, che generano ritardi nella scelta del contraente, hanno un notevole impatto sull'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

L'approccio seguito dal legislatore europeo, consapevole delle difficoltà cui va incontro anche l'amministrazione più virtuosa nell'espletamento della gara, è sempre stato di tutela della concorrenza solo nel caso in cui la P.A. decide di andare sul mercato. Ciò vuol dire che rientra nella sua discrezionalità la scelta tra autoproduzione o esternalizzazione. Si tratta di una soluzione di compromesso⁴⁶ tra l'obiettivo europeo di apertura del settore delle commesse pubbliche al mercato, con conseguente limitazione dell'intervento pubblico in economia⁴⁷, e la salvaguardia della libertà di organizzazione della P.A. nella scelta tra produzione in proprio di beni, servizi o lavori strumentali allo svolgimento delle sue attività o indirizzati alla collettività e ricorso a modelli di *outsourcing*.

Nell'ordinamento italiano, invece, la questione giuridica, da sempre, al centro di dubbi interpretativi⁴⁸ concerne la necessità o meno per le organizzazioni pubbliche di ricorrere al mercato e, solo in via eccezionale e derogatoria, a loro strutture interne.

Sotto il vigore del vecchio codice, la bilancia pendeva nettamente a favore della tutela del mercato. L'*in house*, infatti, era considerato istituto eccezionale perché derogatorio delle regole della concorrenza⁴⁹. Il ricorso a tale modulo organizzativo poteva, quindi, essere consentito solo all'esito di una valutazione che desse conto dei vantaggi che esso era in grado di offrire alla collettività rispetto al mercato. La scelta per

oneri amministrativi. Inoltre, la quota di P.M.I. che partecipano alle gare non è significativamente aumentata. I tassi di pubblicazione rimangono bassi e la trasparenza, che è una garanzia fondamentale contro i rischi di frode e corruzione, ne risente negativamente.

⁴⁵ In questi termini, M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17- 19 settembre 2015, p.7.

⁴⁶ Cfr., *ex multis*, R. VILLATA, S. VALGUZZA, *Pubblici servizi*, Torino, 2021, p. 277ss.

⁴⁷ Cfr. art. 106, par.1, T.F.U.E., in materia di aiuti di stato, che, salve limitate eccezioni (contenute nel successivo par.2), impone agli Stati membri di rispettare il principio della parità concorrenziale tra imprese pubbliche e private, certamente pregiudicato se le Amministrazioni fossero libere di procedere con affidamenti diretti alle prime.

⁴⁸ Cfr. C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giustizia amministrativa*, n.3/2014.

⁴⁹ Fra le sentenze che hanno riconosciuto il carattere derogatorio all'affidamento diretto, si ricordano: *Corte Cost.*, 7 novembre 2010, n. 135; *Corte Cost.*, 20 marzo 2013, n. 46; più di recente, *Corte Cost.*, 27 maggio 2020, n. 100 (in www.cortecostituzionale.it); *Cons. Stato, Ad. Plen.*, 3 marzo 2008, n. 1; *Cons. Stato, Sez. III*, 17 dicembre 2015, n. 5732; *Cons. St., Sez. V*, 22 novembre 2017, n. 5437; *Cons. St., Sez. V, sent.* 27 gennaio 2020, n. 681; *Cons. St., Sez. III*, 10 maggio 2021, n. 3682 (in *DeJure*). Non sono mancate sentenze di segno contrario, cfr. *Corte Cost.* 20 luglio 2012, n. 199 (in www.cortecostituzionale.it); *Cons. Stato, sez. VI*, 11 febbraio 2013, n. 762; *Cons. Stato, sez. V*, 22 gennaio 2015, n. 257; *Cons. Stato, sez. V*, 18 luglio 2017, n. 3554; *Cons. Stato, sez. III*, 24 ottobre 2017, n. 4902 (in *DeJure*).

il modello *in house* non risultava libera ma eccezionale, da motivare e giustificare perché, in presenza di un mercato, la regola doveva essere l'esternalizzazione⁵⁰. L'art. 192 d.lgs. 50/2016, in particolare, subordinava il ricorso all'*in house* a una duplice motivazione: da una parte l'onere di specificare le ragioni del mancato ricorso al mercato, dall'altra l'illustrazione dei benefici *«per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»*.

Sull'onere di motivazione del mancato ricorso al mercato, la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato⁵¹ interpretava la norma in modo rigoroso al fine di tutelare il bene concorrenza alla luce del carattere residuale dell'affidamento *in house*. Le stazioni appaltanti erano tenute a dimostrare *«il fallimento del mercato rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»*. Onere che rischiava di tradursi, il più delle volte, in una vera e propria *probatio diabolica* perché, oltre ai benefici per la collettività e al fallimento del mercato, l'amministrazione doveva riferire sui risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*⁵² e allegare un piano economico finanziario (PEF) asseverato, contenente la proiezione dei costi e ricavi, investimenti e finanziamenti, stimati per l'intera durata dell'affidamento. L'eccessiva stratificazione della motivazione obbligava l'amministrazione a servirsi di consulenti tecnici e contabili, quindi a un'ulteriore spesa gravante sulle sue finanze⁵³.

I vantaggi e gli svantaggi dell'*in house providing* e delle procedure concorsuali, nella previgente disciplina, sono stati illustrati dal Consiglio di Stato⁵⁴ in occasione di un affidamento diretto da parte di un ente comunale.

L'*in house* consente all'amministrazione la direzione strategica e una maggiore capacità di controllo sulla gestione del servizio; attraverso l'esperienza maturata, la società *in house* è in grado di offrire un progetto più in linea con le esigenze dello stesso e di garantire una maggiore flessibilità nell'organizzazione delle attività, grazie al rapporto organico intercorrente tra amministrazione e organismo *in house*. Il controllo è un elemento che non va sottovalutato, considerate le criticità che spesso emergono durante la gestione

⁵⁰ In questi termini, cfr. *Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562*.

⁵¹ Cfr., *ex multis*, *Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102*, in *DeJure*.

⁵² Rispetto a tale onere, R. CAMPONI, *Tensioni e contrapposizioni dell'in house providing: fra servizi e contratti pubblici*, in *www.italiappalti.it*, 2024, ha osservato come si tratta di una soluzione logica posto che mentre alcuni soggetti pubblici sono capaci di sostenere in modo adeguato la gestione, diretta o indiretta, di una società *in house*, altri non risultano altrettanto virtuosi. L'obbligo motivazionale, pertanto, consente di individuare gli affidamenti patologici da evitare.

⁵³ Sul punto, cfr. *Corte dei Conti, Sez. controllo per la Regione siciliana, deliberazione del 26 settembre 2023, n. 315*, in *www.cortedeiconti.it*, che, con riferimento alla scelta di cui all'articolo 14 d.lgs. n. 201/2022 sulla modalità di gestione del servizio pubblico locale, ha stabilito che sia necessaria una *SWOT Analysis*, da intendersi come uno strumento di pianificazione strategica per il raggiungimento di un obiettivo. In particolare, tale analisi implica che per ciascuna delle opzioni praticabili debbano individuarsi punti di forza (*strength*); debolezza (*weakness*); opportunità (*opportunities*); minaccia (*threat*).

⁵⁴ *Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2021, n.1596*, in *DeJure*.

di un servizio pubblico locale, quali l'aumento delle tariffe a carico degli utenti e gli extraprofitti che una gestione privata può generare a scapito di una più efficiente gestione pubblica del servizio. Nella sentenza in esame, il Supremo Consesso mette in luce anche le criticità derivanti dall'affidamento diretto: *«maggiori vincoli agli investimenti in risorse umane e strumentali; [...] assenza di competizione sul prezzo quale vi sarebbe stata in gara e [...] impossibilità di applicare penali in caso di inadempienze contrattuali»*⁵⁵.

Viceversa, il ricorso al mercato consente di beneficiare dell'esperienza e professionalità maturata dall'operatore nel settore, dell'assunzione di responsabilità per l'esecuzione del servizio in via esclusiva in capo a quest'ultimo, della competizione che la gara realizza sul prezzo, della maggiore capacità del privato nel realizzare investimenti remunerativi. Tra gli svantaggi emerge, in primo luogo, l'assenza di sinergie tipiche dell'*in house providing*, derivanti dall'alterità soggettiva dell'appaltatore rispetto all'amministrazione, con conseguente aumento dei rischi di contenzioso. Ciò nonostante, la complessa motivazione richiesta per giustificare l'affidamento *in house* si traduceva in un disincentivo verso tale modello.

4. Le posizioni a sostegno dell'eccezionalità dell'*in house providing*

La tesi dell'eccezionalità dell'*in house*, per lungo tempo prevalente in Italia, è stata anche avallata dalla Corte Costituzionale⁵⁶, a seguito di questione di legittimità sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, avente ad oggetto l'art. 192, secondo comma, d.lgs. 50/2016.

Secondo il giudice rimettente, tale disposizione avrebbe violato l'art. 76 della Costituzione, in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1 della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, contenente deleghe al Governo per l'attuazione del Pacchetto direttive U.E. del 2014 sugli appalti pubblici. Più precisamente, l'art. 1, comma 1, della legge delega 11/2016 pone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*) e, secondo il giudice rimettente, sarebbe stato violato poiché l'onere di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato non è previsto dalle direttive medesime.

Sul punto, però, il giudice delle leggi ha affermato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale, dichiarando che la disposizione impugnata *«segue una direttrice pro concorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato»* e che l'obbligo di motivazione da esso imposto *«risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza»*. La norma, prosegue la Corte, *«è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali»*. L'art. 192 d.lgs. 50/2016, nel prevedere una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto al diritto europeo, non si

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2021, n.1596, cit., p. 7.

⁵⁶ Corte Cost., 5 maggio 2020, n. 100, in www.cortecostituzionale.it.

pone in contrasto con quest'ultimo, la cui disciplina costituisce solo un minimo inderogabile di tutela per gli Stati membri, essendo quindi innegabile l'esistenza di un «*margin of appreciation of the national legislature with respect to principles of minimum protection established by the Community framework with regard to a value considered worthy of specific protection*» quale la tutela della concorrenza per il mercato e nel mercato.

Ancora sull'eccezionalità dell'*in house*, occorre segnalare il parere del Consiglio di Stato⁵⁷ sulle Linee guida «vincolanti» dell'ANAC per l'iscrizione, in apposito elenco, delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, operanti attraverso affidamenti diretti nei confronti delle loro società *in house*. L'art. 192, co.1, d.lgs. 50/2016, nello specifico, prevedeva l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco degli enti che operavano mediante affidamenti *in house* e precisava che l'affidamento diretto fosse consentito a seguito della presentazione della domanda di iscrizione all'elenco, sotto la responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori⁵⁸. La norma mirava a perseguire la trasparenza e la pubblicità nel settore dei contratti pubblici⁵⁹: la funzione di controllo dell'ANAC è stata, quindi, ritenuta compatibile con il divieto di «*goldplating*».

L'iscrizione nel registro ANAC non aveva natura costitutiva ma funzione dichiarativa, sicché, in presenza dei requisiti di legge, già la sola domanda di iscrizione consentiva di procedere ad affidamenti diretti senza gara. Ciò nonostante, un eventuale provvedimento di diniego di iscrizione adottato dall'ANAC avrebbe impedito futuri affidamenti *in house*, con conseguente possibilità per l'operatore di impugnare tale provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, considerata la sua idoneità a incidere negativamente sulla sfera giuridica del destinatario per lesione dell'interesse legittimo pretensivo a ricorrere agli affidamenti diretti. L'eventualità, inoltre, non era così remota⁶⁰: ottenere l'iscrizione all'elenco dell'ANAC

⁵⁷ Cons. Stato, commissione speciale, 1 febbraio 2017, n. 282, in *giustiziamministrativa*.

⁵⁸ La bibliografia sul tema è ampia. Tra i tanti, cfr. V. SPAGNA, *L'elenco Anac delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house*, cit., p. 78; F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p. 804 ss.; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 607-608. Più ampiamente, sul tema M. CORRADINO E L. LINCESSO, *La soppressione dell'Avcp e il trasferimento delle funzioni all'Anac*, in R. CANTONE e F. MERLONI (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 11 ss.; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 345 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, AA.VV., Milano, 2016, p. 29 ss.; P. LAZZARA, *Contratti pubblici e funzione amministrativa di regolazione*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA e A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, p. 1511 ss.; R. CANTONE e E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubb.*, 2017, p. 903 ss.

⁵⁹ Per un'attenta analisi della funzione di controllo dell'ANAC, cfr. V. SPAGNA, *L'elenco ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house, luci e ombre della nuova disciplina*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, p. 72.

⁶⁰ In tal senso, cfr. la critica di M. MACCHIA, *Amministrazioni statali e affidamenti in house*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, p. 291.

era tutt'altro che agevole, sicché già prima della riforma introdotta con il nuovo codice si auspicava l'eliminazione di tale «filtro»⁶¹.

Il procedimento d'iscrizione presentava nel complesso una natura ibrida, con diversi profili di autoritatività, sebbene emergenti in una fase successiva, di controllo postumo da parte dell'ANAC. Qualcosa di simile a quanto accade in materia di segnalazione certificata di inizio attività⁶², meccanismo di liberalizzazione delle attività economiche private rispetto al regime autorizzatorio preventivo della Pubblica Amministrazione ma non anche del rapporto sostanziale sottostante.

La fase di controllo da parte dell'Autorità, infatti, non è eliminata ma, semplicemente, posticipata e, in assenza dei requisiti richiesti dalla legge per l'esercizio dell'attività segnalata, l'Amministrazione adotta provvedimenti inibitori e repressivi, obbligando il privato a rimuovere gli effetti dell'attività intrapresa.

A conclusione di questo breve *excursus* sulla disciplina dell'*in house* previgente alla riforma introdotta con il nuovo codice dei contratti pubblici, è possibile affermare che l'idea sottesa all'art. 192 d.lgs. 50/2016 fosse quella che l'*in house* necessitasse di un titolo abilitativo, il cui rilascio era sottoposto al controllo dell'ANAC⁶³. Il tutto è apparso, agli occhi della dottrina più attenta⁶⁴, inevitabilmente sproporzionato rispetto alle funzioni di vigilanza e alle esigenze di trasparenza degli affidamenti.

5. La riforma introdotta con il nuovo codice dei contratti pubblici e l'allineamento con la disciplina europea

Giova ribadire che la tesi dell'eccezionalità dell'*in house* non ha mai trovato riscontro nella giurisprudenza sovranazionale⁶⁵ che, al contrario di quella italiana, ha chiarito come l'ordinamento europeo non ponga limiti alla libertà per le Amministrazioni di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che di esternalizzazione.

L'approccio neutrale al modello *in house* è stato recepito dall'art. 2 della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: a) autoproduzione, b) esternalizzazione, c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni.

⁶¹ Cfr. C. BURELLI, *Il gold-plating e l'armonizzazione spontanea, due tecniche legislative a confronto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2022, p. 617.

⁶² Cfr. *Relazione al codice dei contratti pubblici, commento art. 7*, p. 21.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cfr. gli Autori citati in nt. 58.

⁶⁵ CGUE, I Sez., 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*, in *Eur-lex*; CGUE, III sez., 13 novembre 2018, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*, in *Eur-lex*.

La divergenza di impostazione tra diritto nazionale e diritto europeo rispetto al modello *in house* è stata finalmente superata con il nuovo codice dei contratti pubblici. L'art. 7 d.lgs. 36/2023 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, ponendo autoproduzione ed esternalizzazione su un piano di tendenziale parità, così superando l'opzione fortemente restrittiva del d.lgs. 50/2016, su cui si erano appuntati i dubbi di compatibilità comunitaria.

L'art. 7 d.lgs. 36/2023 si ricollega ai principi del risultato, della fiducia⁶⁶ e dell'accesso al mercato, rispettivamente codificati agli artt. 1, 2 e 3 del d.lgs. 36/2023, espressione della *mission* perseguita dal nuovo codice dei contratti pubblici, ossia fare in modo che l'affidamento del servizio avvenga nel modo più idoneo a soddisfare l'interesse della collettività. La propensione al risultato è tipica di ogni azione amministrativa perché «ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare»⁶⁷. Tali principi orientano l'amministrazione nella scelta tra mercato e auto – produzione: è d'altronde diffusa l'opinione secondo cui l'«*amministrazione che fa*» è stata per troppo tempo sacrificata sull'altare dell'«*amministrazione che fa fare*»⁶⁸, con incidenza negativa sul perseguimento dell'interesse pubblico che l'Amministrazione deve realizzare ai sensi dell'art. 97 Cost. Si passa, in questo modo, da una visione quasi fideistica della concorrenza, come fine da perseguire ad ogni costo, a un approccio che la vede quale uno dei mezzi per realizzare il risultato.

La concorrenza, quindi, è «*interesse da contemperare, metodo da calibrare, non fede da celebrare, rito da mitigare, valore assoluto e intransigente da consacrare*»⁶⁹.

In una prospettiva di bilanciamento con gli altri valori protetti in Costituzione, l'art. 6 d.lgs. 36/2023 riconosce la coesistenza di due modelli alternativi per l'affidamento dei servizi sociali, uno fondato sulla concorrenza e l'altro sui principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e sulla sussidiarietà orizzontale (art. 118, co.4, Cost.). In attuazione di tali principi, la Pubblica Amministrazione può procedere ad affidamenti diretti nei confronti degli enti del Terzo settore (ETS), purché gli stessi consentano di perseguire le finalità sociali in modo effettivo e trasparente, nel rispetto del principio del risultato.

Già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, la Corte Costituzionale⁷⁰ aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 177 d.lgs. 50/2016, contenente la disciplina dell'obbligo di esternalizzazione

⁶⁶ Il diritto amministrativo è strumento di convivenza pacifica tra consociati e consente di rispondere ai bisogni imprescindibili della vita associata in forme diverse (cfr. G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, p. 85 ss.). Tuttavia, affinché possa compiutamente svolgere la sua funzione, occorre ripristinare la fiducia nei confronti della sua effettività (cfr., sul punto, par. 1), perché «*when members of the public have strong confidence in their legal system, scapegoating that system will be more difficult*» (C. COGLIANESE, *Law as Scapegoat*, in M. DE BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE, *The Crisis of Confidence in Legislation*, Baden- Baden, 2020, p. 361).

⁶⁷ *Relazione al codice dei contratti pubblici, commento art. 1*, p.13.

⁶⁸ Cfr. S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p.7.

⁶⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2023, p. 932.

⁷⁰ *Corte Costituzionale*, 5 ottobre 2021, n. 218, in www.cortecostituzionale.it.

degli affidamenti gravante sui concessionari senza gara⁷¹. Secondo i giudici delle leggi la norma censurata comprimereva la libertà di iniziativa economica degli operatori scelti senza gara. In nome del bene concorrenza il concessionario, anziché decidere se eseguire esso stesso o esternalizzare, in tutto o in parte, le prestazioni oggetto della concessione, era obbligato ad affidarle nella loro totalità a terzi. Tutto ciò finiva per snaturare la sua stessa attività imprenditoriale, ridotta all'attività burocratica tipica di una stazione appaltante.

La principale critica che veniva mossa al d.lgs. 50/2016 era che le sue disposizioni finivano per tutelare gli operatori e non più l'interesse della stazione appaltante, con conseguente limitazione della sua discrezionalità⁷². Veniva, quindi, apprestata «un'arena» nella quale il confronto potesse svolgersi nel «modo più completo» e questo luogo non poteva che essere «il procedimento più regolato e più articolato possibile: [...] alla domanda spesso posta all'interprete più gara o meno gara e, quindi, più oneri procedurali o meno oneri, la risposta era sempre più gara e più oneri perché così voleva la concorrenza»⁷³. La conseguenza di tutto ciò era un'inevitabile limitazione della discrezionalità amministrativa, un aumento delle gare e dei procedimenti e, quindi, del contenzioso giudiziario.

Il tutto era giustificato da una cultura del sospetto che, sin dalla legge Merloni⁷⁴, ha caratterizzato il settore delle commesse pubbliche giungendo a unire, nella fase storica inaugurata dal codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016, la disciplina degli appalti alla funzione di prevenzione della corruzione. In questo contesto storico, l'affidamento *in house*, sebbene legittimo e, in diverse occasioni, funzionale a perseguire l'interesse pubblico nel modo più efficiente, diventava eccezione da reprimere il più possibile in nome della concorrenza.

La relazione al nuovo codice dei contratti pubblici, invece, nel commentare l'art. 1, riporta l'orientamento da sempre seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, lontano da approcci formalistici, ispirati a una tutela fideistica della concorrenza. Sui rapporti con l'*in house providing*, il diritto europeo «non impone il mercato, ma solo il rispetto della concorrenza se si sceglie di andare sul mercato»⁷⁵. Ciò vuol dire che, nel rispetto della discrezionalità amministrativa, la P.A. deve valutare se un risultato può essere meglio realizzato in autoproduzione ovvero attraverso l'esternalizzazione. Nel primo caso la P.A. può (o forse deve) ricorrere all'affidamento *in house*. Se, in materia appalti, s'imponesse all'Amministrazione di perseguire la

⁷¹ L'art. 177 d.lgs. 50/2016 imponeva ai concessionari, scelti senza gara, di esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti relativi alle concessioni, nonché di realizzare la restante parte tramite società in house, se si trattava di soggetti pubblici, o società controllate o collegate, ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, se si trattava di soggetti privati.

⁷² F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più: il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020.

⁷³ F. CINTIOLI, *Dialoghi di diritto dell'economia, Fabio Cintioli vs Marco Mazzamuto: riformare i contratti pubblici?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 849.

⁷⁴ Legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*.

⁷⁵ *Relazione al codice dei contratti pubblici, commento art. 1*, p.13.

concorrenza ad ogni costo, il rischio sarebbe una violazione del principio di buon andamento, sancito all'art. 97 Cost., di cui il principio del risultato è figlio.

La parità tra ricorso al mercato e auto-produzione, si è detto, è solo tendenziale, perché l'affidamento *in house* deve essere sempre motivato (a differenza del ricorso al mercato). Tuttavia, in linea con il principio della fiducia di cui all'art. 2 d.lgs. 36/2023, l'art. 7 prevede una motivazione semplificata che, in caso di prestazioni strumentali, si limita a dare conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici.

Viene, quindi, abbandonata la motivazione rafforzata, precedentemente giustificata dalla natura eccezionale dell'*in house*, e introdotta una motivazione ancorata alle ragioni economiche che, per i servizi all'utenza, si traduce in un'illustrazione dei benefici per la collettività sotto il profilo della qualità e universalità del servizio.

Se, quindi, da una parte viene meno l'obbligo di dimostrare la situazione di fallimento del mercato, dall'altra continua a sussistere l'onere per l'Amministrazione di valutare la congruità economica dell'offerta.

In questo rinnovato clima di fiducia per l'attività amministrativa e superamento dell'atteggiamento restrittivo nei confronti dell'*in house*, si spiega anche la scelta del legislatore di non riproporre l'illustrato procedimento di iscrizione presso il registro ANAC (art. 192 d.lgs. 50/2016). La funzione principale di un codice dei contratti pubblici non può essere quella di prevenire la corruzione: tale obiettivo è perseguito dal codice penale. Ciò non significa, peraltro, che il nuovo codice si disinteressa al rispetto della legalità all'interno della Pubblica Amministrazione. La Parte II del Libro I, dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, costituisce un'efficace misura di prevenzione della corruzione, perché consente di tracciare tutte le attività poste in essere nel settore delle commesse pubbliche e di evitare, in tal modo, che le risorse impiegate in questo settore siano distolte dal perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁶.

6. Conclusioni

L'analisi svolta permette di rispondere positivamente alla domanda, posta in apertura di questo contributo, riguardo all'efficienza della disciplina dell'autoproduzione. Il nuovo art. 7 del D.Lgs. 36/2023,

⁷⁶ Nel settore pubblico nazionale e sovranazionale è sempre più forte il convincimento che vi sia un rapporto di diretta proporzionalità tra la crescita e la diffusione delle nuove tecnologie e il contenimento dei fenomeni corruttivi. «La corruzione rimane una delle sfide più complesse da affrontare. Erode le stesse istituzioni create per proteggere i cittadini. È un fallimento della governance, che deve essere affrontato con urgenza. Abbiamo un'opportunità storica per fare la differenza: utilizzare le tecnologie digitali per combattere la corruzione in modo più efficace». In questi termini si è espresso A. GURRIA – Segretario generale OCSE – Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

collocato in posizione centrale tra i primi dodici articoli del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, dedicati ai principi generali della materia, rappresenta una svolta significativa. Tale norma offre, infatti, una soluzione equilibrata ed efficiente, ponendo l'autoproduzione su un piano di tendenziale parità con il ricorso al mercato, rompendo la tradizionale gerarchia che vedeva quest'ultimo come via preferenziale per le Amministrazioni Pubbliche.

È indubbio che la tutela della concorrenza rappresenti uno dei pilastri fondamentali dell'ordinamento europeo, trovando il suo fondamento normativo negli artt. 101 ss. TFUE. La concorrenza è da tempo considerata un meccanismo capace di generare una serie di benefici: riduzione dei prezzi, miglioramento della qualità dei beni e dei servizi, maggiore libertà di scelta per i consumatori e, infine, uno stimolo continuo all'innovazione. Tali vantaggi sono riconosciuti tanto a livello teorico quanto pratico, e costituiscono le basi su cui si fonda l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di ricorrere, in via preferenziale, alla gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, la concorrenza, per quanto centrale, non può essere considerata una panacea per ogni situazione. Sostenere in maniera assoluta l'obbligo per le amministrazioni committenti di ricorrere alla gara pubblica, nella convinzione che la competizione porterà sempre alla migliore prestazione e al prezzo più conveniente, significa ignorare le complessità e le specificità che caratterizzano il settore pubblico. Esistono, infatti, circostanze in cui la concorrenza può rivelarsi inefficace o addirittura controproducente, a causa dei costi elevati di gestione delle procedure di gara o del rischio di contenziosi e ritardi che spesso derivano dalle dinamiche competitive. In queste situazioni, l'autoproduzione offre un'alternativa valida e, in molti casi, più efficiente. L'art. 7 del D.Lgs. 36/2023 riconosce esplicitamente questa realtà, conferendo dignità all'autoproduzione come strumento che, in alcuni casi, può risultare non solo equivalente, ma anche superiore in termini di efficienza rispetto al ricorso al mercato. L'affidamento a società *in-house* consente alla Pubblica Amministrazione di mantenere un controllo diretto sulla gestione del servizio, riducendo il rischio di opportunismi e migliorando la capacità di intervenire tempestivamente nelle fasi operative. Ciò si traduce in una maggiore flessibilità gestionale e in un'ottimizzazione delle risorse pubbliche, che rispondono più efficacemente agli interessi della collettività.

In questo contesto, emerge un rinnovato clima di fiducia verso l'autoproduzione, che non viene più considerata una semplice eccezione o una deroga al principio di concorrenza, ma una scelta razionale ed efficiente quando le circostanze lo richiedono. La possibilità per la Pubblica Amministrazione di ricorrere all'autoproduzione permette di salvaguardare l'interesse pubblico, in particolare nei settori strategici o altamente regolamentati, come quelli legati ai servizi pubblici essenziali, dove la continuità e la qualità del servizio devono essere garantite al di là delle fluttuazioni del mercato. L'autoproduzione, inoltre, risponde anche a un'esigenza di tutela diretta dell'interesse pubblico. In situazioni particolari, come la gestione di

servizi vitali per la collettività (ad esempio, la sanità, i trasporti pubblici o la gestione dei rifiuti), la continuità del servizio e la capacità di risposta immediata alle emergenze diventano elementi cruciali. In questi contesti, il ricorso a una gara può comportare rischi significativi, quali ritardi, interruzioni o riduzioni della qualità del servizio. L'affidamento diretto a soggetti *in-house*, invece, garantisce che l'amministrazione possa agire con maggiore celerità e senza le rigidità che caratterizzano i contratti con soggetti privati.

In conclusione, il nuovo art. 7 del D.Lgs. 36/2023 offre una soluzione pragmatica nella gestione dei contratti pubblici, ammettendo che l'autoproduzione, in specifiche circostanze, possa costituire la soluzione più efficiente per soddisfare gli interessi della collettività. Tale modello, che realizza un bilanciamento tra ricorso al mercato e autoproduzione, riflette una comprensione più articolata delle necessità operative delle Amministrazioni, offrendo loro la flessibilità di adottare lo strumento più idoneo alle loro esigenze, nel rispetto dei principi di efficienza, affidabilità e tutela dell'interesse pubblico.



Fascicolo numero 28

2024

20 novembre 2024