



10 FEBBRAIO 2021

L'in house providing di nuovo
all'attenzione delle Corti. L'occasione
per uno sguardo d'insieme

di Germano Scarafiocca
Avvocato presso il foro di Pisa

L'*in house providing* di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*

di Germano Scarafiocca

Avvocato presso il foro di Pisa

Abstract [It]: Lo scritto muove dal commento alcune decisioni della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale italiana, cogliendo l'occasione di tali pronunce al fine di volgere uno sguardo d'insieme all'istituto dell'*in house providing*, con particolare attenzione agli orientamenti più recenti che lo riguardano. Lo scritto contiene anche una sintesi delle alterne vicende che si sono succedute negli ultimi decenni in materia di pubblici servizi. Nella parte conclusiva vengono svolte alcune considerazioni in ordine ad un nuovo ruolo che l'economia pubblica sembra recentemente assumere, in particolar modo in seguito agli effetti della pandemia da Covid -19. Ci si chiede pertanto se gli affidamenti *in house* possano costituire realmente lo strumento attraverso il quale l'iniziativa economica pubblica può essere veicolata o se non occorra piuttosto ripensare, in una cornice eurounitaria che si sta anch'essa modificando, un nuovo e diverso ruolo dell'impresa pubblica che vada al di là dei limiti propri dell'autoproduzione.

Abstract [En]: Taking the moves from the commentary to some decisions of the UE Court of Justice and of the Italian Constitutional Court, the paper aims at offering an overview to the in-house providing institute, focusing on the most recent rulings on the matter. The paper also contains a summary of the ups and downs that have occurred in the field of public services in the last few decades. Lastly, some considerations are made regarding a new role that the public economy recently seems to be playing, especially in the context of the Covid-19 pandemic. The question, therefore, is whether the in house providing can really be the main instrument through which to convey the public economic initiative or whether it would be better to rethink, in a Euro-unitary framework that is changing too, a new and different role of public enterprise that goes beyond the limits of self-production.

Sommario: **1.** L'ordinanza della Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, Cause riunite da C - 89/19 a C - 91/19, Rieco ed il precedente di cui alla sentenza della Sez. IV, 3 ottobre 2019, Causa C- 285/2018, Irgita. *L'in house providing* nell'ordinamento europeo. **2.** La sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100. **3.** La parabola dei pubblici servizi tra privatizzazioni, concorrenza, gestione pubblica e *in house providing*. **4.** I principi e criteri direttivi della delega legislativa. **5.** Uno sguardo d'insieme.

1. L'ordinanza della Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, Cause riunite da C - 89/19 a C - 91/19, Rieco ed il precedente di cui alla sentenza della Sez. IV, 3 ottobre 2019, Causa C-285/2018, Irgita. L'*in house providing* nell'ordinamento europeo

L'istituto dell'*in house providing* è tornato di recente al centro dell'attenzione delle Corti, con due importanti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte costituzionale.¹ Si tratta di due decisioni

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si tratta, come vedremo, dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020, Cause riunite da C - 89/19 a C - 91/19, Rieco e della sentenza della Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100. Tra i primi commenti, v. R. RUSSO, *La legittimità della normativa nazionale dell'affidamento in house*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 10/2020; S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 7 ottobre 2020. Commenta la sola ordinanza della Corte di giustizia C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi d'interesse economico generale*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 10/2020.

attese, entrambe riferite alle previsioni dell'art. 192 del vigente codice dei contratti pubblici, nei cui confronti erano state sollevate una questione di compatibilità con le norme eurounitarie ed una questione di costituzionalità per eccesso di delega.

Ai due giudici era stato riproposto un argomento oggetto di una discussione mai sopita in ordine all'eccezionalità o meno dell'*in house providing*.²

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con le ordinanze n. 138 del 7 gennaio 2019 e nn. 293 e 296 del 14 gennaio 2019,³ aveva richiesto alla Corte di giustizia UE, in sede di rinvio pregiudiziale, di accertare la compatibilità con le norme europee dell'onere motivazionale particolarmente aggravato previsto dall'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016, là dove s'impone all'amministrazione di dare conto "delle ragioni del mancato ricorso al mercato", tenuto conto degli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di

² Per questo dibattito, v. C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019; M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, I, p. 743; A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del Testo Unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2017, p. 228 ss.; F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2017, p. 271 ss.; E. CODAZZI, *Società in house providing*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2016, II, p. 953 ss.; M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL* e A. VIGNERI, *L'in house providing*, entrambi in A. VIGNERI – M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, rispettivamente p. 31 ss. e p. 199 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in GiustiziaCivile.com, www.giustiziacivile.com, 2014; C. VOLPE, *L'affidamento "in house": situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in Giustamm.it, www.giustamm.it, n. 10/2014, 29 ottobre 2014; A. PIOGGIA, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2012, n. 1/2, p. 86 ss.; M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in C. IBBA - M.C. MALAGUTI – A. MAZZONI (a cura di) *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, p. 243 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, p. 21 ss.; I. RIZZO, *L'affidamento in house*, Roma, 2009, p. 59 ss.; R. DE NICTOLIS, *I limiti alla costituzione e all'oggetto sociale delle società pubbliche*, in *Le società pubbliche, in house e miste*, Milano, 2008, p. 122 ss.

In giurisprudenza, senza la ben che minima pretesa di esaustività e limitandoci alle pronunce più recenti, in favore della tesi della equiordinazione tra l'*in house providing* e le altre forme di affidamento del servizio, v. Cons. St., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; Id., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599; Id., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Id., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 5643; Id., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034; Id., sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554; Id., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902. Si suole rinvenire il più autorevole precedente di quest'orientamento nella sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199, cui faremo cenno più avanti, la quale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, d.l. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, ripropositivo della medesima disciplina abrogata in via referendaria. La Corte, in realtà, non assume una particolare posizione di principio, constatando tuttavia come la scelta compiuta dal legislatore italiano, dapprima con l'art. 23 *bis*, d.l. 112/2008 e, successivamente, con il citato art. 4 d.l. 138/2011, avesse operato "una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria". In favore dell'eccezionalità dell'*in house providing*, v., *ex pluribus*, Cons. St., sez. III, 7 maggio 2015, n.2291; Id., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732; Id., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 681.

³ Per un primo commento alle ordinanze, sia consentito il rinvio a G. SCARAFIOCCA, *L'in house di nuovo dinanzi alla Corte di Giustizia UE e alla Corte Costituzionale*, in *Servizi pubblici locali*, n. 1, 4 febbraio 2019. Su di esse (l'Autore fa riferimento alla sola ordinanza n. 138/2019, ma quelle successive sono di analogo contenuto), oltre che sull'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del TAR Liguria, su cui v. *infra*, v. anche C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 17 aprile 2019.

qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", oltre che dei "benefici per la collettività della forma di gestione prescelta".

Il caso pervenuto all'attenzione del giudice amministrativo era quello di una delibera di affidamento *in house* ritenuta priva della su citata motivazione e impugnata da un operatore economico interessato all'aggiudicazione del servizio con gara.

Il Consiglio di Stato muoveva dalla considerazione di una sostanziale neutralità dell'ordinamento eurounitario rispetto alla scelta dei singoli Stati di ricorrere agli affidamenti *in house*.

Osservava il giudice amministrativo come il Considerando n. 5 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari preveda "la piena libertà per le amministrazioni pubbliche nell'organizzare i servizi e le attività di proprio interesse secondo le modalità operative e gestionali ritenute più adeguate": "È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva 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 [...]"⁴.

Lo stesso principio, secondo il Consiglio di Stato, trova conferma nell'art. 2, par. 1, della Direttiva 2014/23 UE, là dove si afferma che "La presente direttiva riconosce il principio per 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 [...]. Dette autorità 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"⁵.

L'*in house providing*, osservava il Consiglio di Stato, costituisce tipica espressione di autoproduzione di alcuni servizi da parte degli Stati membri, i quali non incontrano alcuna limitazione in ordine alla scelta se autoprodurre o esternalizzare determinate attività. Solo nel momento in cui essi avranno optato per la seconda soluzione si porrà un problema di tutela della concorrenza, mentre nessun vincolo pone l'ordinamento europeo sulla prima di tali scelte: "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

⁴ Così il 5° Considerando.

⁵ Sul principio di "*libera amministrazione*", quale si qualifica quello espresso nella citata disposizione, v. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi d'interesse economico generale*, cit.; M. PIZZI, *Affidamenti in house*, cit., p. 813; R. RUSSO, *La legittimità della normativa nazionale dell'affidamento in house*, cit.; C. VOLPE, *L'affidamento "in house": situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, cit.

modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato".⁶

Poste queste premesse, l'*in house providing* e l'affidamento con gara non sono soltanto equiordinati, ma sono collocati in modo tale da far sì che il primo costituisca un *prius* logico rispetto al secondo: se l'amministrazione pubblica decide di procedere da sola alla produzione di un servizio, il problema della gara, quale particolare modalità di ricorso al mercato, neppure si pone.

Volendo ricorrere alla schematizzazione Stato - mercato, è possibile affermare che l'affidamento *in house* appartiene alla sfera dello Stato e non a quella del mercato. L'ordinamento europeo, secondo questa ricostruzione, non pone limiti all'estensione del primo. Il posizionamento della linea di confine tra Stato e mercato è questione rimessa agli ordinamenti degli Stati membri. L'ordinamento europeo si preoccupa viceversa di far sì che, una volta che tale linea sia stata varcata e che l'amministrazione pubblica intenda approvvigionarsi sul mercato dei beni e servizi, le regole della concorrenza siano rispettate.

"Se questi sono gli esatti termini della questione," sostiene il Consiglio di Stato, "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."⁷

Il Consiglio di Stato è perfettamente consapevole del fatto che, nell'ordinamento interno, i tentativi d'introdurre una disciplina più restrittiva per gli affidamenti *in house* non costituiscono una novità propria del d.lgs. 50/2016, durando viceversa da molti anni. Il giudice amministrativo italiano è altrettanto consapevole che la legittimità di tali discipline è stata ribadita dalla Corte costituzionale, la quale ha affermato che l'ordinamento europeo non impedisce al legislatore nazionale di prevedere "limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle comunitarie".⁸ Ciò nonostante, il Consiglio di Stato dubita della conformità di tale orientamento al diritto eurounitario. Dubita "che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento, siano autenticamente compatibili con le pertinenti disposizioni e principi del diritto primario e derivato dell'Unione europea".⁹

Commentando le ordinanze del Consiglio di Stato¹⁰ ci eravamo permessi di considerare come, se le direttive europee in materia di appalti pubblici non pongono limitazioni alle scelte organizzative degli Stati membri che intendano ricorrere all'*in house providing*, esse non stabiliscono neanche divieti

⁶ Cons. St., ord. 138/2019, cit.

⁷ Cons. St., ord. 138/2019, cit.

⁸ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

⁹ Cons. St., ord. 138/2019, cit.

¹⁰ G. SCARAFIOCCA, *L'in house di nuovo dinanzi alla Corte di Giustizia UE e alla Corte Costituzionale*, cit.

all'adozione di norme più restrittive e più favorevoli al ricorso al mercato. Prevedevamo, quindi, che la Corte di giustizia non avrebbe rilevato alcuna incompatibilità tra la disciplina europea in materia di appalti e concessioni pubbliche e una normativa interna più restrittiva per ciò che attiene agli affidamenti *in house*. Se non spetta all'ordinamento europeo stabilire la linea di confine tra la sfera pubblica e il mercato, non si vede tuttavia la ragione per cui le norme eurounitarie dovrebbero farsi carico di censurare disposizioni di diritto interno dirette ad ampliare e non a restringere il ricorso al mercato, posto che non compete all'attuale diritto dell'Unione Europea la tutela delle prerogative pubblicistiche degli Stati membri.

La previsione si è rivelata corretta.

La Corte di giustizia UE aveva anticipato la soluzione al quesito posto dal giudice italiano già con una precedente decisione dello scorso ottobre 2019. Si tratta della sentenza della Sez. IV, 3 ottobre 2019, Causa C- 285/2018, Irgita. In quell'occasione, la Corte era stata chiamata ad occuparsi di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte Suprema della Lituania. La legge lituana sugli appalti pubblici, dopo aver riprodotto la definizione di affidamento *in house* propria delle direttive europee, aggiunge: "un'operazione interna può essere conclusa solo in casi eccezionali quando [...] la buona qualità e la disponibilità dei servizi non possano essere garantite acquistando tali servizi per mezzo di procedure di appalto pubblico"¹¹. La legge lituana sulla concorrenza, inoltre, prevede che questa debba essere assicurata anche dalla pubblica amministrazione e che decisioni limitative della concorrenza non possano essere adottate "salvo nel caso in cui la differenza nelle condizioni di concorrenza non possa essere evitata nell'assicurare l'osservanza delle disposizioni di legge della Repubblica di Lituania"¹².

Nel caso di specie, l'autorità giudiziaria aveva rilevato come, nell'affidamento di un servizio ad una società interamente controllata da un'amministrazione locale, fosse stata conclusa "un'operazione interna, senza necessità oggettiva", concedendo alla società "privilegi tali da falsare le condizioni di concorrenza tra operatori economici sul mercato", violando "l'articolo 4, paragrafo 2, della legge sulla concorrenza".¹³

L'affidamento del servizio *in house* non era quindi adeguatamente motivato, non essendo state illustrate le ragioni per le quali il medesimo servizio non avrebbe potuto essere acquisito sul mercato a parità di condizioni, come prescritto dalla legge lituana sugli appalti pubblici, poiché solo all'esito di tale valutazione si sarebbe potuto imporre quel sacrificio alla concorrenza che l'affidamento *in house* (l'"operazione interna", come viene chiamata nello specifico) comporta.

La decisione viene impugnata e la Corte Suprema della Lituania decide d'investire della questione la Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale. Il quesito viene riformulato dalla Corte di giustizia e, nella

¹¹ Art. 10 della legge lituana sugli appalti pubblici, in vigore dal 1 luglio 2017.

¹² Art. 4, par. 2, della legge lituana sulla concorrenza del 23 marzo 1999.

¹³ I brani citati qui e nei periodi precedenti sono sempre tratti dalla decisione della Corte di giustizia.

sua versione finale, consiste nel chiedere "se l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una norma nazionale con cui uno Stato membro subordina la conclusione di operazioni interne, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità, l'accessibilità o la continuità dei servizi forniti."¹⁴ Occorre rispondere, quindi, alla domanda se sia consentito ad uno Stato membro di sottoporre la conclusione di un'operazione interna a tali ulteriori condizioni.

La Corte di giustizia rileva come l'art. 12, par. 1, della direttiva 2014/24 UE, si limiti "a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna". La direttiva, pertanto, "ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione" dal proprio "campo di applicazione [...]". Essa non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre".¹⁵ Tale libertà si ricava proprio da quel 5° considerando che si è visto essere invocato dal Consiglio di Stato italiano. La direttiva, in altri termini, stabilisce le condizioni minime in presenza delle quali un'operazione interna può essere eseguita senza dover ricorrere ad una procedura di gara per l'affidamento di un appalto, ma non vieta ai singoli Stati di aggiungerne altre.

La libertà degli Stati membri ovviamente non è senza limiti, dovendo comunque rispettare i principi fissati con il TFUE: "la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza [...]. Entro tali limiti, uno Stato membro può imporre ad un'amministrazione aggiudicatrice condizioni, non previste dall'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, per concludere un'operazione interna, in particolare per garantire la continuità, la buona qualità e l'accessibilità del servizio".¹⁶

La Corte di giustizia conferma quanto ci era già parso di poter sostenere commentando le ordinanze del Consiglio di Stato: l'ordinamento europeo non impedisce ai singoli Stati di prevedere norme più restrittive per gli affidamenti *in house* ove queste siano dirette a favorire un più ampio ricorso al mercato. Non v'è ragione per cui debba farlo, atteso che gli unici limiti che esso potrebbe opporre sono quelli derivanti dal

¹⁴ Corte di giustizia, Sez. IV, 3 ottobre 2019, Causa C- 285/2018, Irgita, cit.

¹⁵ Corte di giustizia, C- 285/2018, cit.

¹⁶ Corte di giustizia, C- 285/2018, cit.

TFUE e questi derivano da norme tipicamente proconcorrenziali. L'*in house providing* appartiene al perimetro della sfera pubblica e non sembra competere alle istituzioni europee, nell'attuale assetto ordinamentale, presidiare tale perimetro dall'invasione del mercato, avendo esse casomai cura di evitare il contrario, ovvero che i pubblici poteri oltrepassino la propria sfera di competenza per accedere a quella del mercato con modalità tali da alterarne le regole.¹⁷

Con tale precedente, la soluzione alle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato era scontata. Ed infatti l'ordinanza della Corte, Sez. IX, 6 febbraio 2020, Cause riunite da C - 89/19 a C - 91/19, Rieco, richiama immediatamente la precedente sentenza, tant'è che proprio l'esistenza del precedente consente alla Corte, ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura, di decidere la causa con ordinanza.¹⁸ La Corte ricorda, richiamando la sentenza Irgita, "che l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24. Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 [...]. Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1".¹⁹

¹⁷ Per una valutazione critica di queste conclusioni della Corte, v. C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico*, cit., p. 11, per il quale si ha "l'impressione che le interpretazioni delle Corti scontano (e obbediscono a) un paradigma proconcorrenziale, anche quando estraneo alla disciplina positiva di riferimento o, comunque, già in essa considerato e compreso". In particolare, ancorché la Corte di giustizia attinga "ai principi fondamentali del Trattato (e, segnatamente, alle libertà afferenti il funzionamento del mercato interno)", tali principi "dovrebbero essere già assorbiti dalla disciplina positiva consacrata nelle direttive di riferimento". La Corte, viceversa, si sarebbe spinta oltre il contenuto di tali direttive. Il tema che viene sollevato è ben più ampio di quanto possa osservarsi in queste brevi note. È tuttavia possibile replicare che, benché il perseguimento di finalità diverse rispetto alla tutela della concorrenza, a partire innanzitutto da quelle di carattere sociale (oltre che ambientale e di qualità dello sviluppo) stia entrando progressivamente a far parte dell'ordinamento eurounitario, è proprio il livello ancora insufficiente della loro "costituzionalizzazione" che impedisce alle Corti di opporre adeguati controlli agli eventuali eccessi proconcorrenziali. È il limitato grado di statualità delle istituzioni europee che impedisce ai suoi giudici di ergersi a difensori della sfera pubblica e non solo del mercato.

¹⁸ "Ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando la risposta a una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata" (così la decisione in esame).

¹⁹ Corte di giustizia, C- 285/2018, cit.

La pronuncia non difetta di chiarezza. Il legislatore italiano, per la Corte di giustizia UE, è libero di continuare a prevedere una disciplina per gli affidamenti *in house* maggiormente restrittiva di quella propria degli affidamenti disposti con procedura ad evidenza pubblica.

2. La sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100

La Corte costituzionale era stata investita della questione di legittimità dell'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici dal TAR Liguria²⁰ per un possibile eccesso di delega. Il TAR muoveva dalla medesima convinzione del Consiglio di Stato manifestata con le ordinanze di rimessione alla Corte di giustizia in ordine alla neutralità eurounitaria dell'affidamento *in house*. I passaggi logici sono i seguenti: se l'onere di motivazione rafforzata non è mutuato dalle norme europee e non è parimenti previsto dalla legge di delegazione, non potrà costituire legittimamente il frutto di un'iniziativa autonoma dal legislatore delegato. Tanto più, aggiunge il TAR, se, tra i criteri di delega, vi è anche il richiamo al c.d. divieto di *gold plating*.²¹

Il TAR ligure aveva, in particolare, sottoposto alla Corte un dubbio di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost., in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed e), della legge di delegazione (l. 28 gennaio 2016, n. 11). Il primo di tali criteri è costituito dal citato divieto di *gold plating*. Il secondo, invece, attiene, come vedremo, agli obblighi di pubblicità, trasparenza e motivazione che la legge delega impone al legislatore delegato. La Corte costituzionale, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100, rigetta la questione di costituzionalità sotto entrambi i profili. Se per molti aspetti anche tale decisione poteva dirsi prevedibile, essa appare tuttavia maggiormente opinabile rispetto a quella della Corte di giustizia UE.

Quanto al primo di tali profili, la Corte offre una lettura "orientata" del divieto di *gold plating*, in funzione proconcorrenziale: "emerge con chiarezza che la *ratio* del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici,

²⁰ TAR Liguria, sez. II, ord. 15 novembre 2018, n. 886. Il medesimo Tribunale, all'esito del rigetto della questione di costituzionalità, ha poi deciso nel merito la controversia nel corso della quale la questione era insorta, dichiarando l'illegittimità dell'affidamento *in house* non adeguatamente motivato ai sensi dell'art. 192, d.lgs. 50/2016 (TAR Liguria, sez. II, 2 ottobre 2020, n. 680). È interessante notare come, con altra coeva decisione (TAR Liguria, sez. II, 3 ottobre 2020, n. 683), lo stesso giudice abbia stabilito come la disciplina speciale del trasporto pubblico locale, la quale trova la sua fonte diretta in un regolamento comunitario (art. 5, comma 2, Reg. CE n. 1370/2007), non richieda un onere motivazionale analogo a quello di cui all'art. 192, d.lgs. 50/2016. Precisa il TAR che, sulla base di tale disciplina, "*in house providing* è una modalità affatto ordinaria di affidamento dei relativi servizi" (TAR Liguria, 683/2020, cit.). Entrambe le sentenze sono commentate da L. TESSAROLO, *Brevi note sull'onere motivazionale dell'affidamento in house alla luce delle sentenze del TAR Liguria nn. 680 e 583 del 2020*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 16 ottobre 2020.

²¹ Ovvero il principio in base al quale "gli atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse" (art. 14, comma 24 *bis*, l. 28 novembre 2005, n. 246, salve le circostanze eccezionali di cui al successivo comma 24 *quater*).

ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato".²²

Tale lettura non appare del tutto persuasiva. Il divieto di *gold plating* risponde ad un'esigenza di semplificazione e di riduzione degli oneri di carattere amministrativo, frutto del lievitare a dismisura della produzione normativa, ma non sembra che un simile divieto possa incorporare una scelta di carattere politico legislativo. Se, come confermato dalle decisioni della Corte di giustizia UE, l'introduzione di regimi particolarmente restrittivi per gli affidamenti *in house* costituisce oggetto di autonoma facoltà degli Stati membri, l'esercizio di tale facoltà non può essere imprigionato all'interno di una disciplina tecnica, qual è quella relativa al divieto di *gold plating*, la quale non può che conservare un indispensabile carattere di neutralità.

Sul divieto di *gold plating* lo stesso TAR Liguria aveva riposto un'enfasi eccessiva e verosimilmente fuori luogo. Esso non costituisce e non può costituire il profilo centrale della questione di costituzionalità. Le limitazioni all'*in house providing* non sono una semplice aggiunta, frutto di una sovrapproduzione normativa, alla disciplina degli affidamenti di pubblici servizi. Le limitazioni all'*in house providing* costituiscono oggetto di una scelta politico legislativa e ciò di cui si discute, dinanzi al giudice amministrativo, alla Corte di giustizia UE ed alla Corte costituzionale è se il legislatore sia libero di compiere tale scelta o non sia piuttosto soggetto a vincoli di carattere europeo o costituzionale.

Maggiormente convincente è il passaggio successivo della sentenza della Corte costituzionale. "La correttezza di tale linea interpretativa" afferma la Corte "trova poi conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che, nell'affermare la non contrarietà della norma oggi scrutinata all'art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE, ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, quel principio «li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna» (Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rioco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7

²² Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita)".²³

La Corte costituzionale richiama qui le due decisioni della Corte di giustizia che abbiamo in precedenza commentato per affermare in buona sostanza che non può esservi *gold plating*, ovvero aggiunta di regole non previste dalle norme eurounitarie, dal momento in cui sono queste stesse norme a consentire che gli Stati membri introducano una regolazione maggiormente restrittiva degli affidamenti *in house*.

La Corte costituzionale passa poi ad esaminare l'altra norma interposta, ovvero l'art. 1, comma 1, lettera eee) della legge di delegazione, il quale impone al legislatore delegato di garantire «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».

Come si vede, il criterio dei fallimenti del mercato su cui si fonda la motivazione richiesta dall'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016, non è contenuto nella legge di delegazione.²⁴ La legge fa riferimento a regole di pubblicità e trasparenza cui il legislatore delegato è chiamato a dar corpo, unitamente al criterio della congruità economica delle offerte.²⁵

Appare difficile far discendere da questi criteri direttivi l'affermazione di un principio di residualità degli affidamenti *in house*. La Corte costituzionale sembra giungervi con argomentazioni non sempre convincenti. Essa muove, innanzitutto, dalla considerazione per cui "il criterio direttivo trova il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza – che, in quanto principio fondamentale dell'azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]), non richiede una conferma nelle normative di settore – quanto nel suo essere riferito, in particolare, agli affidamenti diretti, segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante".²⁶

²³ Corte cost. n. 100/2020, cit.

²⁴ È questa l'opinione anche di C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte*, cit., p. 28: «la limitazione introdotta dal legislatore delegato del 2016, pur ponendosi sul solco dei richiamati precedenti normativi [l'Autore richiama l'art. 23 *bis*, d.l. 112/08, n.d.a.], non rinviene invece un puntuale addentellato nell'ambito della legge di delega n.11 del 2016 (la quale, al contrario, si limita a sottolineare che la disciplina in tema di affidamenti *in house* miri a garantire in massimo grado il perseguimento degli obiettivi di pubblicità e trasparenza, senza tuttavia operare una sorta di graduazione, per così dire, "valoriale" fra gli affidamenti in questione e l'apertura al mercato)».

²⁵ In realtà, a fronte di società *in house*, più che di offerte che, nel caso di specie, non sembrano configurabili, sarebbe stato corretto parlare di congruità dei piani economici e finanziari. Ma al di là dell'imprecisione, il legislatore intende chiaramente affermare che anche le gestioni *in house* debbano rispondere a criteri di efficienza economica, evitando la riproposizione della cronica esperienza delle gestioni pubbliche deficitarie.

²⁶ Corte cost. n. 100/2020, cit.

Sono gli affidamenti diretti ad esser quindi posti sotto una particolare lente d'ingrandimento. Ciò non toglie, tuttavia, che, anche per essi, la legge di delegazione si arresta al piano della trasparenza, oltre che della congruità del piano economico e finanziario sulla cui base l'affidamento viene disposto. L'imposizione di tali oneri non appare sufficiente per introdurre una disciplina particolarmente restrittiva del ricorso agli affidamenti *in house*. Un conto è gravare tali affidamenti di particolari oneri di trasparenza e pubblicità, un conto è ridurre l'applicabilità dell'istituto. Anche la valutazione della relativa congruità economica non implica necessariamente una preferenza per gli affidamenti con gara piuttosto che per il ricorso all'*in house providing*, non potendosi escludere che, nelle circostanze concrete, quest'ultima forma di gestione del servizio possa essere sorretta da un piano economico e finanziario altrettanto sostenibile quanto quello di una gestione esternalizzata (se non, ipoteticamente, preferibile al secondo).

Proseguendo nella motivazione della sentenza, la Corte costituzionale rammenta poi "la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento (sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013), specie quando la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi» (sentenza n. 10 del 2018; nello stesso senso, sentenze n. 229 del 2014 e n. 162 del 2012). Quest'ultimo criterio interpretativo" prosegue la Corte "è particolarmente calzante nel caso in esame, in cui si è in presenza di un «codice», che, come è tipico di tale corpo normativo nell'ambito amministrativo, nell'adeguare la normativa nazionale alle direttive europee, si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo".²⁷

La Corte ripercorre poi rapidamente la legislazione succedutasi negli ultimi anni, sommando: l'art. 23 *bis*, d.l. 112/08 che, com'è noto, prevedeva per gli affidamenti *in house* una disciplina assai più restrittiva di quella propria dell'attuale art. 192, d.lgs. 50/2016; l'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012, il quale, secondo la Corte, richiederebbe un onere motivazionale che non si discosterebbe da quello previsto dall'art. 192, comma 2, dell'attuale codice dei contratti; l'art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, adottato ai sensi degli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e mai approvato, il quale "stabiliva, tra l'altro, che, «[n]el caso di affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato»; "l'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che reca la rubrica «[o]neri di motivazione analitica», il quale "manifest[erebbe] la stessa cautela verso la costituzione e l'acquisto di partecipazioni di società pubbliche (comprese quelle *in house*)".

²⁷ Corte cost. n. 100/2020, cit.

Chiude infine la Corte citando i suoi precedenti di cui alle sentenze 17 novembre 2010, n. 325 e 20 marzo 2013, n. 46. Entrambe legittimano una disciplina più restrittiva per gli affidamenti *in house* sulla base dell'assunto in base al quale, seppur la normativa comunitaria non lo imponga, essa non vieta comunque al legislatore nazionale d'introdurre "una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario". Le stesse conclusioni cui è giunta ora la Corte di giustizia UE.

Il percorso argomentativo della Corte costituzionale così sintetizzato si presta ad alcune obiezioni. Innanzitutto, le disposizioni normative citate al fine di ricostruire "una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni" non disegnano affatto un percorso lineare. La Corte omette di rammentare alcune fondamentali cesure lungo questo tragitto, molto accidentato. Passeremo in rassegna, con un rapido *excursus* storico, le vicende cui si riferisce la Corte per averne conferma. Ci accorgeremo poi come l'assenza di univocità nell'asserito percorso evolutivo richiamato dalla sentenza renda ancora più labile il rintraccio di un qualche criterio direttivo sul quale la delega legislativa dovrebbe poggiare.

Esaminiamo questi profili separatamente.

3. La parabola dei pubblici servizi tra privatizzazioni, concorrenza, gestione pubblica e *in house providing*

La spinta verso la privatizzazione dei servizi pubblici locali²⁸ ha origini più remote rispetto ai richiami della Corte costituzionale. Occorre quanto meno risalire agli inizi degli anni '90 del secolo scorso allorché, con l'art. 22 della l. n. 142/90, veniva codificata in un testo legislativo la possibilità per gli enti locali di ricorrere al modulo societario nella gestione dei servizi, attraverso l'istituto della società a prevalente capitale pubblico locale. Un'esperienza, quella del ricorso al modulo societario e in particolar modo dell'azionariato pubblico locale, che le amministrazioni conoscevano da tempo e che era maturata operando come un fiume carsico sotto la crosta della gestione in forma amministrativa nei decenni che vanno dalla legge Giolitti del 1903, al T.U. del 1925, al regolamento di attuazione del Testo Unico emanato a distanza di oltre sessant'anni, fino alla citata legge sulle autonomie locali del 1990.²⁹

²⁸Di questi si discute prevalentemente, anche se non esclusivamente, quando si tratta delle forme di affidamento.

²⁹ Per la situazione anteriore alla legge n. 142/90, v. M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; M. CAMELLI, *Le società a partecipazione pubblica, comuni, province e regioni*, Rimini, 1989; P. MACCHIA – F. FERRONI, *Società per azioni a partecipazione pubblica locale*, Roma, 1992. Sulla crisi dei tradizionali modelli a diritto amministrativo di gestione dei pubblici servizi e sulla loro sostituzione con la società per azioni, v. F. MERUSI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Amministrare*, 1988, p. 131 ss., ID., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990. Per la parabola dei servizi pubblici locali nell'arco di un secolo, v. ancora F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37 ss.

Con quest'ultima, la partecipazione degli enti locali al capitale di società per azioni trova una prima disciplina giuridica a carattere generale, innestando un nuovo ciclo. La spinta del primo decennio è interamente diretta a favorire il ricorso al modello societario quale strumento flessibile, sottratto ai vincoli amministrativi che ancora recava con sé l'azienda speciale, nonostante la riforma e la trasformazione di quest'ultima, rispetto alla vecchia azienda municipale, già codificati nel regolamento di cui al d.p.r. 902/86. La società per azioni, inoltre, imponendo il ricorso al bilancio civilistico, veniva considerata lo strumento idoneo ad assicurare una gestione economica e imprenditoriale dei servizi, invertendo la cronica tendenza alle gestioni deficitarie che negli anni '80 aveva registrato un'accelerazione senza precedenti.

Quella che ne è seguita è una storia nota, sulla quale esiste una letteratura sterminata.³⁰ All'introduzione della società a prevalente capitale pubblico locale hanno fatto seguito: a) la disciplina delle società a prevalente capitale privato ad opera dell'art. 12, l. n. 498/92;³¹ b) il regolamento attuativo di quest'ultima disposizione (d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533), emanato dopo una prima catena di decreti legge non convertiti, che costituiranno un'anticipazione della frammentarietà legislativa che caratterizzerà la materia negli anni successivi;³² c) il regime semplificato per la trasformazione delle aziende speciali in società per

³⁰ Per la letteratura successiva alla legge n. 142/90, sino al TUEL del 2000 e senza alcuna pretesa di completezza, v. F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e "privatizzazione" dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.*, 1991, IV, p. 248 ss.; M. MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazione di S.p.A. controllate da parte degli Enti locali territoriali per la gestione dei pubblici servizi: l'art. 22, lett. e), della legge n. 142/1990 e la normativa comunitaria*, in *Riv. it. Dir. Pub. Com.*, 1991, p. 765 ss.; G. CAIA, *L'organizzazione dei servizi pubblici*, in MAZZAROLI – PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 1993; ID., *"Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali"*, in *"Studi in onore di V. Ottaviano"*, Milano, 1993; D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Economia pubblica*, 12/93, p. 11 ss.; A. GRAZIANO, *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici. Per una interpretazione degli artt. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142 e l. 23 dicembre 1992, n. 498*, in *Riv. trim. app.*, 1994, p. 601 ss.; G. DE MINICO, *Le società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. e, l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro Amm.*, 1994, p. 1666 ss.; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rassegna*, 1995, p. 1082 ss.; M. MAZZARELLI, *Società miste per i servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, p. 180 ss.; G. SANVITI (a cura di) *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995; CISPEL, Confederazione Italiana Servizi Pubblici Enti Locali, *La S.p.A. per la gestione dei servizi pubblici locali*, con interventi di S. CASSESE, G. CAIA, R. CAFFERATA, G. IACOBONE, C. TESSAROLO, M. MAZZARELLI ed altri, Rimini, 1996; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. Trim. App.*, 1996, p. 229 ss.; M. MAZZARELLI, *Le società con partecipazione pubblica minoritaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, p. 66 ss.; Atti del XLI Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997; M. CAMELLI – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; G. MORBIDELLI, *Società miste, servizi pubblici e opere accessorie*, in *Riv. Trim. App.*, 1997, p. 494 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p. 51 ss.; G. ALPA – A. CARULLO – A. CLARIZIA (a cura di), *Le S.p.A. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; S. NICODEMO, *Società locali per la gestione dei servizi e realizzazione di infrastrutture: dalla legge 142/90 alla legge 127/97*, in *Riv. Trim. App.*, 1998, p. 608 ss.; S. TARULLO, *Concessionari e S.p.A. partecipate da enti locali: spunti ricostruttivi sulla teoria dell'organo indiretto e brevi riflessioni alla luce della legge 415/98*, in *Riv. Amm. App.*, 1999, p. 195 ss.; F. TRIMARCHI (a cura di), *Le società miste per i servizi locali (Atti del Convegno di Messina del 22-23 novembre 1996)*, Milano, 1999; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 1999.

³¹ V. M. MAZZARELLI, *Le società con partecipazione pubblica minoritaria*, cit.

³² Sul regolamento, v. M. MAZZARELLI, *Commento alla relativa bozza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, p. 65 ss.; M. MAZZARELLI – M. DUGATO, *Commenti al regolamento*, in *Giornale di Dir. Amm.*, 1997, p. 240 ss.

azioni o a responsabilità limitata, introdotto dall'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, Bassanini *bis*.³³ Per tutti gli anni '90 il fenomeno della fuga verso la società di capitali e la spinta alla privatizzazione non subiscono battute d'arresto, anche se tra i due fenomeni non v'è coincidenza e per lungo tempo si discuterà della differenza tra privatizzazione formale e sostanziale. In parallelo, su scala nazionale, gli anni '90 sono contraddistinti dalla stagione delle privatizzazioni dell'impresa pubblica e degli enti pubblici economici.³⁴

Il TUEL (d.lgs. 267/2000), con l'originaria formulazione dell'art. 113, fotografava questa situazione.³⁵ Con la novella a tale disciplina introdotta dall'art. 35, l. n. 448/2001³⁶ la spinta verso il mercato prendeva vigore, con una complessa trama che vedeva la comparsa sullo scenario legislativo dei "servizi pubblici locali aventi rilevanza industriale" (quelli che, con le dovute distinzioni, diverranno successivamente "servizi pubblici locali aventi rilevanza economica" e, da ultimo, "servizi pubblici locali a rete aventi rilevanza economica" corrispondenti a loro volta, sempre per grandissima approssimazione, ai SIEG del diritto eurounitario). Per essi era prevista la sola alternativa della società mista e dell'affidamento con gara, con la previsione della separazione della proprietà delle reti e di una loro possibile distinta gestione, oltre alla previsione di un periodo transitorio entro il quale le gestioni esistenti non affidate con procedura ad evidenza pubblica sarebbero venute a scadere. La previsione di un simile periodo transitorio, spostato ogni volta più avanti nel tempo, diverrà poi la costante di tutta la legislazione successiva.

Il legislatore era convinto, raccogliendo le idee del dibattito di quegli anni, della necessità di industrializzare la gestione dei pubblici servizi, consolidando le imprese di origine pubblica, di cui erano favoriti i processi di aggregazione, al fine di renderle competitive ed individuando nel regime della "concorrenza per il mercato", ovvero nel ricorso alle gare pubbliche, la modalità ordinaria di gestione dei servizi.

³³ V.G. TERRACCIANO, *Al via la trasformazione delle aziende speciali*, in *Guida al Diritto*, Dossier n. 5/97, p. 151 ss. Per le problematiche operative relative alla trasformazione (così diffusamente, ancorché impropriamente, denominata) dell'azienda speciale in società per azioni prima della l. n. 127/97, v. C. CERVELLINI – M. GABELLINI – M. TOGNACCI – D. ZANONI, *Dalla municipalizzata alla s.p.a., aspetti normativi ed operativi della "trasformazione"*, Rimini, 1994.

³⁴ Sulle privatizzazioni, v. P.G. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; ID., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

³⁵ Risalgono a questo periodo, ma con alcune anticipazioni in ordine ai disegni di legge di riforma, L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza e diritti*, Milano, 2001; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Assago, 2001; G. MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali e il mercato*, Milano, 2001. V. anche F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo*, Annuario 2001, Milano, 2002, p. 63 ss., nonché in F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, p. 59 ss.

³⁶ Su tale novella legislativa, v. G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali (dopo la legge finanziaria 2002)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2002; M. MAZZARELLI, *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali. Commento all'art. 35 della finanziaria 2002 con normativa e giurisprudenza*, Rimini, 2002.

Alla novella all'art. 113 del TUEL del 2003 si è soliti ricondurre la prima battuta d'arresto di questa spinta. Il legislatore, con il d.l. 269/2003, convertito nella l. n. 326/2003, modificando per l'appunto l'art. 113 del d.lgs. 267/2000, codificava per la prima volta l'*in house providing*, quale forma di affidamento del servizio per tutti i "servizi pubblici locali aventi rilevanza economica", alternativa alla gara e alla società mista. Veniva così tradotto in legge un principio già affermato nella giurisprudenza comunitaria a partire dalla nota sentenza Teckal del 1999.³⁷

La tappa successiva più importante nella disciplina dei servizi pubblici locali è costituita dall'art. 23 *bis*, d.l. 112/08, convertito nella l. n. 133/09, modificato dal d.l. 135/09, convertito nella l. n. 166/09.³⁸ La spinta verso la gestione concorrenziale riprende quota. L'*in house providing* viene configurato quale modalità eccezionale di affidamento del servizio, sottoposta ad uno specifico onere motivazionale, oltre che ad un parere preventivo dell'AGCM che ne restringe di fatto l'applicabilità ad ambiti del tutto residuali.

L'art. 23 *bis* e, in forma ancora più chiara ed esplicita, il suo regolamento di attuazione (d.p.r. 7 settembre 2010, n.168) ufficializzano in un testo normativo la teoria dei fallimenti del mercato. Non è soltanto la gestione *in house* ad essere resa possibile solo in presenza di "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato" (art. 23 *bis*, cit., comma 3), ma è la stessa assunzione del pubblico servizio in capo all'ente locale a trovare una limitazione, stabilendosi che "gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio" (art. 2, comma 1, d.p.r. 168/2010). La

³⁷Corte di giustizia, sez. V, 19 novembre 1999, C-107/98. Per la letteratura in materia di servizi pubblici locali di questo periodo, v., tra i moltissimi scritti, F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

³⁸ In ordine a tale disciplina, incluse le modifiche che l'hanno interessata, v., tra gli innumerevoli commenti, S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 10/2008; L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 30 dicembre 2008; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, 2008, p. 1109 ss.; E. FURNO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero l'art. 23 bis della L. 20 novembre 2009, n. 166*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 9/2010, 8 settembre 2010. V., inoltre, il volume *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna, 2011, con scritti di A. VIGNERI e C. DE VINCENTI e introduzione di F. BASSANINI. Sia inoltre consentito rinviare a G. SCARAFIOCCA, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Diritto dei Servizi Pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 27 gennaio 2010.

prospettiva non è più soltanto quella delle gare pubbliche o della "concorrenza per il mercato", come si usa dire, ma si azzarda una disciplina normativa delle liberalizzazioni.

Si consideri, per inciso, come, con la fine degli anni '90, privatizzazioni e apertura alla concorrenza nei servizi pubblici, da un lato, e ricorso generalizzato al modello della società di capitali, dall'altro, non vadano più di pari passo. Mentre le prime seguono un andamento accidentato, a partire dalla seconda metà degli anni 2000 ha inizio una forte reazione al proliferare delle società partecipate dagli enti pubblici la quale, cementandosi con la crisi della finanza pubblica e le esigenze di contenimento della spesa, dà luogo ad una alluvionale produzione normativa, estremamente disorganica e frammentaria. Un groviglio di norme, spesso sovrapposte, destinate in molti casi a produrre effetti opposti rispetto alle loro dichiarate finalità. Il tutto sino al tentativo di riorganizzazione dell'intera disciplina nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 175/2016).³⁹

Tornando ai servizi pubblici locali, il tentativo di disegnare una disciplina che relegasse l'*in house providing* in uno spazio di assoluta residualità, effettuato attraverso l'art. 23 *bis* d.l. 112/08, si scontra con il vero e proprio terrapieno costituito dagli esiti del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Il successivo ulteriore maldestro tentativo di reintrodurre, attraverso l'art. 4 del d.l. 138/2011, norme identiche a quelle abrogate da meno di un mese⁴⁰ in seguito al risultato referendario e la pronuncia di incostituzionalità ad

³⁹ Sulla tormentata parabola delle società a partecipazione pubblica, con una esaustiva disamina della congerie di disposizioni normative che si sono succedute negli anni, sino al T.U.S.P. del 2016, v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016. Sulla disciplina precedente al T.U.S.P., v. V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, *Le società pubbliche*, in *house e miste*, cit.; F. GUERRERA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit.; C. IBBA – M.C. MALAGUTI – A. MAZZONI, *Le società pubbliche*, cit. Sulla disciplina introdotta dal T.U., F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit.; R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018.

⁴⁰ L'abrogazione dell'art. 23 *bis* d.l. 112/08 è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 37 della legge contenente la disciplina del *referendum* n. 353/70, con d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113. Il decreto legge n. 138 è stato pubblicato il 13 agosto 2011. Sull'art. 4, d.l. 138/2011, v. E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 9/2011, 27 settembre 2011; A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, www.rivistaaic.it, 14 settembre 2011; P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2011.

opera della nota sentenza della Corte cost. n. 199/2012⁴¹ hanno determinato una cesura, un arresto delle iniziative legislative destinato a protrarsi fino ad oggi e forse ancora più avanti nel tempo.⁴²

Come ricorda la Corte costituzionale con la sentenza che stiamo commentando, un altro tentativo di riprendere un disegno di tipo concorrenziale fu effettuato nel 2016 con lo schema di decreto legislativo che, in attuazione della delega contenuta nella l. n. 124/2015, avrebbe dovuto introdurre, mediante un Testo Unico, una disciplina organica dei servizi pubblici locali⁴³. Lo schema di decreto legislativo riprendeva alcune disposizioni contenute nel regolamento attuativo dell'art. 23 *bis*, d.l. 112/09 (d.p.r. 168/2010). Esso, come già faceva il precedente regolamento, imponeva di giustificare non solo la scelta dell'eventuale affidamento *in house*, ma, ancora più a monte, la decisione relativa all'assunzione del servizio da parte dell'ente locale, chiamato a motivare in ordine all'inidoneità del mercato a soddisfare i relativi bisogni.⁴⁴

⁴¹ Per i commenti a tale sentenza, v. E. FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: "palla al centro?"*, in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, n. 10/2012, 16 ottobre 2012; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 26 settembre 2012; L. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione delle aspettative degli utenti*, in *Giur. It.*, 2013, n. 3, p. 679.

⁴² Sulle poche disposizioni legislative introdotte comunque in questo periodo (art. 3 *bis* d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 e art. 34, commi 20 -27 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221) sulle quali, nell'economia di questo scritto, non ci siamo soffermati, v. C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzerò". Ma è vera resurrezione?* in *Giustamm.it*, www.giustamm.it, 14 gennaio 2013. Si è detto che una di queste disposizioni, ovvero l'art. 34, comma 20, d.l. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012, avrebbe introdotto un onere di motivazione nella scelta della forma di affidamento il quale anticiperebbe ciò che verrà poi codificato attraverso l'art. 192, d.lgs. 50/2016 (R. RUSSO, *La legittimità della normativa nazionale dell'affidamento in house*, cit., p. 3). Il comma 20 del citato art. 34, tuttavia, non contiene un onere aggravato di motivazione per il solo affidamento *in house*, limitandosi a richiedere che "per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste". La particolare e specifica motivazione è quindi richiesta per tutte le forme di affidamento prescelte. Non v'è inoltre alcun richiamo alla teoria dei fallimenti del mercato, intesa quale unica possibile giustificazione per l'affidamento *in house*.

Due disposizioni contenenti un'esplicita preferenza per gli affidamenti con procedura ad evidenza pubblica sono invece quelle dei commi 3 e 4 dell'art. 3 *bis*, d.l. 138/2011. Il comma 3 stabilisce che l'applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica costituisce elemento di valutazione della virtuosità di regioni, province e comuni ai fini del patto di stabilità interno. Il comma 4 prevede che nell'erogazione di risorse statali siano preferiti i gestori di servizi selezionati in seguito a procedure di evidenza pubblica. Richiama criticamente tali previsioni C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico*, cit., p. 9.

⁴³ Per l'esattezza, dei servizi d'interesse economico generale, come stabiliva il testo normativo, adeguandosi alla nuova disciplina eurounitaria

⁴⁴ Stabiliva l'art. 5, comma 2, dello schema di decreto legislativo che "L'individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, diversi da quelli già previsti dalla legge, è effettuata previa verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio".

Quanto all'affidamento *in house*, disponeva lo schema di T.U. che tale affidamento sarebbe stato possibile "nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del Testo Unico sulle partecipazioni pubbliche".

I diversi interventi normativi (T.U. sulle società partecipate dagli enti pubblici; T.U. sui servizi pubblici d'interesse economico generale e nuovo codice dei contratti) erano stati concepiti come strettamente coordinati. Lo stesso schema di T.U., all'art. 7, comma 2, stabiliva che "la scelta della modalità di gestione del servizio è effettuata con provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta". Al successivo comma 3, si precisava che "Nel caso di affidamento *in house* o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini[...] nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche [...]".

Il nuovo codice dei contratti pubblici, il Testo Unico sulle società partecipate e quello sui servizi pubblici locali, concepiti per essere approvati nello stesso periodo di tempo, avrebbero assunto quindi un carattere di complementarità, ispirati dalla medesima logica. Si trattava di un tentativo, indubbiamente elaborato, di inserire in una cornice di tipo concorrenziale settori fondamentali di regolazione pubblica dell'economia.⁴⁵ L'approvazione del T.U. sui servizi pubblici d'interesse economico generale del 2016 è naufragata contro gli scogli dell'intreccio derivante dal riparto di competenze legislative tra Stato e regioni. Lo schema di decreto legislativo è rimasto impigliato negli effetti della sentenza della Corte costituzionale

Il comma 3 aggiungeva: "La verifica dell'idoneità del mercato a soddisfare le esigenze di interesse pubblico di cui al comma 2, può avvenire anche mediante forme di consultazione del mercato, da svolgersi con modalità adeguate e proporzionate alle caratteristiche del servizio, anche per via telematica. La consultazione pubblica ha a oggetto l'interesse pubblico generale che si intende soddisfare attraverso l'assunzione del servizio, le condizioni qualitative ed economiche da garantire, le modalità con le quali si intende perseguire l'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 6. La consultazione si conclude con un documento che attesti i risultati, in termini di partecipazione e di contenuto, della consultazione e indichi le ragioni dell'accoglimento o del mancato accoglimento delle proposte [...]".

⁴⁵ Un tentativo di cui è persino rimasta traccia nella legge: all'art. 1, comma 3, d.lgs. 50/2016 è tuttora stabilito che "alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica". Il legislatore, ricorrendo alla tecnica sempre più diffusa di rinviare ad una legge di riforma annunciata, ma che ancora non c'è, è rimasto prigioniero di sé stesso, nel momento in cui quella legge non è più stata emanata.

n. 251/2016.⁴⁶ La Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime, tra le altre, un'ampia gamma delle disposizioni contenute negli artt. 18 e 19 della legge di delegazione, nella parte in cui prevedevano che i relativi decreti legislativi dovessero essere emanati "previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza Unificata". La dichiarazione d'incostituzionalità non ha travolto le disposizioni attuative della legge delega, espressamente fatte salve dalla Corte, la quale ha altresì avvisato che "nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione".

È così accaduto che, mentre per altri decreti legislativi, compreso quello in materia di società a partecipazione pubblica, il Governo è potuto ricorrere alla tecnica del decreto correttivo, ricercando in tale sede l'intesa prescritta dalla Corte, nel caso dei servizi pubblici locali ciò non è stato possibile. Il decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri, ma non ancora trasmesso alla Presidenza della Repubblica per l'emanazione, non poteva che essere ritirato dal Governo e lasciato decadere. L'imminente scadenza del termine per l'esercizio della delega non avrebbe concesso alternative.

La Corte ha chiuso una porta, consentendo a chi fosse già entrato di restarvi a certe condizioni. Chi non era ancora pronto ad entrare, da quella porta è rimasto definitivamente fuori. Le Camere sono state sciolte subito dopo e nella nuova ed ultima legislatura di una riforma organica dei servizi pubblici locali non si è più discusso.

Gli avvenimenti più recenti e, per ultimo, l'emergenza sanitaria da Covid-19, hanno nuovamente spostato l'asse della discussione sul rapporto tra mercato e iniziativa pubblica. Non è questa la sede per trattarne e tanto meno per cercare di comprenderne gli effetti sui servizi pubblici locali. Qualche cenno vi faremo più avanti.

⁴⁶ Tra i molti commenti alla sentenza, v. G. AMOROSO, *Legge di delega e principio di leale collaborazione tra Stato e regioni*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 473; E. BALBONI, *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni... e l'intendenza seguirà*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 10 gennaio 2017; R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 1 febbraio 2017; C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope... allo specchio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 23 gennaio 2017; A. POGGI – G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *Federalismi*, n. 25/2016, www.federalismi.it, 28 dicembre 2016; G. RIVOSECCHI, *La leale collaborazione nelle procedure legislative. Note a margine dei recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 11 dicembre 2017; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *Federalismi*, n. 10/2017, www.federalismi.it, 17 maggio 2017.

4. I principi e criteri direttivi della delega legislativa

A fronte dell'*excursus* che abbiamo tratteggiato, è facile constatare come il percorso sino all'art. 192, d.lgs. 50/2016 sia tutt'altro che lineare. Non esiste un'evoluzione univoca che conduce all'approdo disegnato da tale disposizione, al contrario di quanto la Corte costituzionale parrebbe lasciare intendere. Ciascuno dei "segmenti" normativi che la Corte mette insieme ha una storia molto più accidentata di quanto si ricava dalla motivazione della sentenza n. 100/2020. Se pertanto è indiscutibile, come riaffermato dalla Corte di giustizia UE, che l'ordinamento eurounitario non impone ma non vieta neanche l'introduzione di norme interne maggiormente restrittive per gli affidamenti *in house*, è tuttavia innegabile che queste costituiscono il frutto di una autonoma decisione politica del legislatore nazionale. Occorre, quindi, una legge che espliciti tale decisione. È molto dubbio che, nel rapporto tra legge di delegazione e decreto legislativo delegato, una simile decisione possa ricavarsi implicitamente da norme, come quelle della l. n. 124/2015, che non la prevedono ed è ancor più dubbio che l'esistenza di un tale principio implicito possa desumersi da frammenti di un'evoluzione normativa, come s'è visto, per nulla lineare.

A giustificazione della propria decisione, la Corte costituzionale richiama alcuni suoi precedenti in materia di principi e criteri di delega *ex art. 76 Cost.*: "La valutazione", si afferma nella sentenza, "[...] va fatta anche alla luce della costante giurisprudenza di questa Corte, che riconosce al legislatore delegato margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento (sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013), specie quando la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi» (sentenza n. 10 del 2018; nello stesso senso, sentenze n. 229 del 2014 e n. 162 del 2012)".

La giurisprudenza costituzionale da sempre ammette la possibilità di ricavare implicitamente dalla legge di delegazione principi e criteri direttivi da questa non esplicitati, purché tali principi e criteri rientrino nelle finalità dalla stessa perseguite. I principi della delega costituiscono allo stesso tempo strumenti per l'interpretazione delle norme delegate, ma anche "la base e il limite" di tali norme.⁴⁷

Si afferma poi, per giurisprudenza costituzionale anche in questo caso consolidata, che l'indicazione di criteri e principi direttivi non equivale ad escludere la discrezionalità del legislatore delegato, ma solo a circoscriverla, "in modo che resti pur sempre salvo il potere di valutare le specifiche e complesse situazioni

⁴⁷ Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 10. Per un'ampia disamina della giurisprudenza costituzionale, v. M. BELLOCCI (a cura di), "La delega legislativa", Seminario di Studio, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Parte I, Sez. I, par. 3, in www.cortecostituzionale.it; R. NEVOLA - D. ROCCO, *La delega della funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, 2008, in www.cortecostituzionale.it, par. IV.

da disciplinare".⁴⁸ Anche in questo caso, tuttavia, occorre che della delega "sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento". La discrezionalità del legislatore delegato si contraddistingue, quindi, per una certa ampiezza, la quale è maggiore là dove si tratti di dar vita a testi organici complessi, che riguardino interi settori di disciplina normativa, com'è certamente il caso del codice dei contratti pubblici. L'esercizio della discrezionalità deve tuttavia pur sempre consistere in "un coerente sviluppo e un completamento delle indicazioni fornite dal legislatore delegante" e deve trovare una base di giustificazione se non necessariamente nella lettera, certamente nella "*ratio* della delega" e nel "complessivo quadro di riferimento in cui [le norme, n.d.a.] si inscrivono". I margini di discrezionalità riconosciuti al legislatore delegato non possono far comunque dimenticare i limiti propri "di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega".⁴⁹

È noto come negli ultimi decenni la delega legislativa sia divenuta, com'è stato osservato, "lo strumento principale con cui il Governo attua il proprio «programma»",⁵⁰ in un contesto di accelerato slittamento dal Parlamento al Governo del centro di produzione legislativa, ed è altrettanto noto come uno degli elementi che contraddistingue questo fenomeno è costituito dalla sempre più accentuata indeterminatezza e labilità dei "principi e criteri direttivi" di cui all'art. 76 Cost.⁵¹ Tutto ciò non può tuttavia indurre l'esecutivo ad effettuare una scelta politica che il Parlamento non ha effettuato e la scelta di rendere residuali gli affidamenti *in house* ha certamente queste caratteristiche.

Nel fondare la legittimità della norma delegata, un qualche supporto sarebbe potuto venire, nel caso di specie, dalla ricostruzione del contesto normativo in cui la disciplina legislativa s'inserisce. Questa è l'operazione che fa la Corte, ma abbiamo già visto che quella che, nella motivazione della sentenza, appare una linea evolutiva unidirezionale, una freccia sempre diretta nella medesima direzione del mercato e della concorrenza, non è affatto così. Se privatizzazione e liberalizzazione dei servizi costituissero obiettivi

⁴⁸ *La delega legislativa*, cit., Parte I, Sez. I, par. 3. Sulla delega legislativa, v., tra i più recenti e pur innumerevoli contributi, E. ALBANESI, *Delega legislativa e codificazione nella XXVI e XXVII legislatura a fronte dell'eclissi dello strumento della legge annuale di semplificazione*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 3/2015, 19 ottobre 2015; I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza più recente*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 3/2015, 19 ottobre 2015; F. MODUGNO, *La delega legislativa nell'esperienza delle due ultime legislature*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, n. 3/2015, 19 ottobre 2015; M. POLESE, *La delega legislativa nella crisi economica e le trasformazioni della forma di governo*, in *Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, n. 3/2017, 22 settembre 2017; G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa nella prassi: l'allontanamento dell'istituto dal modello costituzionale e dalla legge n. 400 del 1988*, in *Osservatorio sulle fonti*, www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2019. Sull'argomento, inoltre, v. L. PALADIN, *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 293 ss.; V. CRISAFULLI-L. PALADIN, *Art. 76 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 470 ss.; M. RUOTOLO - S. SPUNTARELLI, *Art. 76*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, p. 1484 ss.

⁴⁹ I brani citati sono tratti da Corte cost. n. 10/2018, cit.

⁵⁰ M. POLESE, *La delega legislativa*, cit., p. 1.

⁵¹ I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa*, cit., p. 9; G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa nella prassi*, cit., p. 10; M. POLESE, *La delega legislativa*, cit., p. 5.

ultimi ed esclusivi, si dovrebbe prendere atto che il percorso degli ultimi quindici anni è quanto meno caratterizzato da avanzamenti e arretramenti frequenti. Tanto appare sufficiente per escludere che da queste vicende possano trarsi utili indicazioni per il legislatore delegato. Si ha la convinzione, in altri termini, che, in un contesto in cui la decisione politica in ordine alla gestione pubblica dei servizi ha costituito oggetto di tensioni e discussioni mai sopite, se una decisione dev'essere assunta, debba provvedervi il Parlamento e non il Governo valendosi di criteri di delega obiettivamente difficili da riscontrare.

5. Uno sguardo d'insieme

Svolte le su esposte considerazioni, occorre tuttavia valutare come il trasferimento – dovuto – sul piano politico delle scelte in ordine all'*in house providing* non costituisca circostanza tale da fugare le incertezze che caratterizzano la materia. A ben vedere, è la stessa certezza degli obiettivi ad essere rimessa in discussione. Al termine di una tensione che ha di fatto impedito da ormai quasi un decennio un approdo sistematico in materia di servizi pubblici locali, la gravissima crisi economica provocata dalla pandemia da Covid-19 ha nuovamente spostato l'asticella del rapporto tra Stato e mercato. Si tratta di un nuovo equilibrio di cui è prematuro stabilire la portata ed a cui faremo solo qualche rapido cenno.

È vero che, al momento, non vi sono interventi che lasciano immaginare una ricaduta diretta di questo nuovo corso sui servizi pubblici locali, ove l'esperienza degli affidamenti *in house* è maggiormente diffusa e consolidata. Volendo soltanto offrire uno spunto per le ben più ampie riflessioni che l'argomento richiede, può essere tuttavia opportuno domandarsi se sia veramente *in house providing* lo strumento attraverso il quale l'intervento pubblico recupera un nuovo ruolo nel sistema economico.

È noto come tale modello gestionale abbia subito sensibili modificazioni nel corso degli ultimi anni. La nuova disciplina introdotta dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25/2014, il codice dei contratti pubblici del 2016, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, le linee guida ANAC e gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, pur con alterne vicende e con le indispensabili distinzioni, militano tutti nella direzione di riconoscere, nell'ambito degli stringenti limiti strutturali dell'*in house providing*, un maggior grado di autonomia al soggetto gestore. Si tratta ovviamente di una generalizzazione, con tutte le approssimazioni che questa comporta, ma la linea di tendenza è reale. L'istituto subisce una modificazione. Per riprendere uno degli argomenti più estremi, che tante discussioni ha suscitato in dottrina e in giurisprudenza prima dell'entrata in vigore del T.U.S.P., nel momento in cui si stabilisce che una società *in house* è soggetta alle procedure concorsuali alla stregua degli altri imprenditori commerciali, è assai difficile poter continuare a sostenere l'assenza di alterità soggettiva tra tale società e l'ente pubblico

di appartenenza. È ugualmente difficile poter continuare a parlare di delegazione interorganica al fine di spiegare tale rapporto, come per molto tempo si è fatto.

Ma il discrimine non è costituito soltanto dal fallimento. Il principio generale di cui all'art. 1, comma 3, del T.U.S.P., per il quale "per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato", si estende anche alle società *in house*⁵². Può essere utile ricordare che l'ANAC, in una prima stesura delle Linee Guida per l'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, nell'esemplificazione dei meccanismi per realizzare il controllo analogo, faceva riferimento, oltre ai patti parasociali e alle deroghe statutarie ammesse dall'art. 16 T.U.S.P., anche ad altri "strumenti di diritto pubblico" ed al "contratto di servizio". L'Autorità aveva peraltro accolto alcune indicazioni in tal senso pervenute in sede di consultazioni *on line*. Il Consiglio di Stato, con il proprio parere⁵³, ha censurato tali indicazioni, così motivando la sua presa di posizione: "Tali indicazioni non sono compatibili con gli strumenti giuridici utilizzabili per realizzare il controllo analogo, come definiti all'art. 16 del citato d.lgs. n. 175 del 2016. Tale norma, sul presupposto che il soggetto *in house* non configuri un tipo societario aggiuntivo, ha ritenuto di introdurre le sole deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo: la facoltà di attribuzione ai soci di poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori; la possibilità di durata dei patti parasociali superiore a quella massima quinquennale. In tale contesto normativo, gli «strumenti di diritto pubblico» e il «contratto di servizio» non rientrano tra le soluzioni giuridiche attraverso le quali è possibile introdurre nello schema societario il requisito del controllo analogo. Le linee guida non devono suggerire alle amministrazioni aggiudicatrici deroghe al diritto societario non consentite dall'ordinamento".

Il parere è chiarissimo. Anche nel caso dell'*in house providing*, che molta letteratura ed alcune pronunce giurisprudenziali continuano a descrivere come "un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo"⁵⁴, le deroghe al diritto societario conservano un carattere di eccezionalità e possono essere ammesse nei soli limiti di quanto strettamente necessario a realizzare il controllo analogo, limiti che non possono derivare a loro volta da fonti diverse dall'art. 16 del T.U.S.P. Si tratta, come si vede, di una coerente applicazione

⁵² Sui riflessi di diritto societario di questa previsione, v. E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e proporzionalità delle deroghe*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 127 ss.

⁵³ Cons. St., Comm. Speciale, parere n. 282 del 1 febbraio 2017.

⁵⁴ Cons. St., sez. I, 8 novembre 2018 n. 2583.

del citato principio di cui all'art. 1, comma 3, del T.U.S.P. per il quale, per tutto quanto non previsto dal Testo Unico, si applica il diritto civile.

Questa particolare curvatura che l'istituto dell'*in house providing* ha assunto non è interamente riconducibile alle nuove direttive UE del 2014.⁵⁵ Queste sono intervenute apportando innovazioni di considerevole portata nella relativa disciplina. Molte di tali novità sono state introdotte sotto la spinta della richiesta di più ampia autonomia per soggetti che esercitano pur sempre attività imprenditoriale. In generale, la disciplina introdotta dalle direttive, discostandosi anche in maniera considerevole, per alcuni profili, sia dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che dalla Proposta della Commissione,⁵⁶ è diretta ad assicurare maggiori margini di flessibilità ad un istituto che resta per vocazione strutturale ancorato a parametri rigidi e di stretta compenetrazione con l'ente pubblico di appartenenza. La spinta diretta a contenere le deroghe al diritto societario non ha tuttavia interamente a vedere con queste aperture. Essa proviene da un dibattito interno nel corso del quale, in un determinato momento, relativamente all'intero fenomeno delle società partecipate dagli enti pubblici e non solo all'*in house providing*, l'ancoraggio al diritto civile è stato individuato quale barriera al dilagare delle norme derogatorie e ad una legislazione strutturalmente e

⁵⁵Riconduce alle nuove direttive una radicale modifica delle caratteristiche dell'*in house providing* A. BARTOLINI, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1995 ss.

⁵⁶La Proposta della Commissione, pur aprendo a fattispecie innovative, quali quella del così detto *in house* "invertito" o "capovolto" (con affidamento dalla persona giuridica controllata alla controllante) o *in house* "orizzontale" (da controllata ad altra controllata della medesima controllante), escludeva in maniera espressa la partecipazione dei privati; fissava al 90% la percentuale di attività che la persona giuridica controllata avrebbe dovuto svolgere in favore della controllante; richiedeva che "la persona giuridica controllata non tragga dagli appalti pubblici con le amministrazioni aggiudicatrici alcun vantaggio diverso dal rimborso dei costi reali" (previsione, quest'ultima che, se accolta, non avrebbe mancato di porre problemi se non di compatibilità, quanto meno di raccordo con il nostro diritto societario); prevedeva infine, in caso di controllo congiunto, che "gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti", senza aggiungere, come invece disporranno poi l'art. 12 della Direttiva 2014/24UE, l'art. 17 della Direttiva 2014/23 UE, l'art. 28 della Direttiva 2014/25 UE, che "singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti". Una precisazione, quest'ultima, di estremo rilievo pratico, in assenza della quale, società *in house* a controllo congiunto che, come accade nel nostro Paese, possono raccogliere anche più di cento comuni, non sarebbero mai state configurabili, non essendo immaginabile alcun organo amministrativo composto da oltre cento rappresentanti. Sullo scostamento dalla Proposta della Commissione, v. M. PIZZI, *Affidamenti in house*, cit., p. 807 ss.; M. URBANI, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. L'efficienza della committenza pubblica e il mercato unico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1150 ss.

Per quanto riguarda gli scostamenti del legislatore eurolunitario rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, basti pensare alle rigidità da questa manifestate nell'escludere la configurabilità dell'*in house providing* in presenza di sia pur minimi capitali privati ed alla diversa soluzione cui si è poi pervenuti con le direttive.

stabilmente occasionale (per usare un ossimoro), frammentaria, incerta, sovrapposta e spesso contraddittoria⁵⁷.

Questa spinta aveva già trovato una ricaduta normativa nell'art. 4, comma 13, parte seconda del d.l. 95/2012, convertito nella l. n. 135/2012, il quale stabiliva che "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali. "Il medesimo orientamento troverà poi notevole seguito con il T.U.S.P. Ciò non accade soltanto attraverso la codifica dell'analogo principio attraverso il già visto art. 1, comma 3, che sostituisce la disposizione dell'art. 4, comma 13, d.l. 95/2012. La prevalenza, in assenza di deroghe espresse contenute nel Testo Unico, delle norme civilistiche, permea l'intero d.lgs. 175/2016 e si rinviene anche, come s'è visto, nell'art. 16 a proposito delle società *in house*.⁵⁸

Per quanto attiene specificatamente a quest'ultime, tuttavia, un simile approdo rischia di spingere l'*in house providing* fuori dai propri confini. L'istituto è sottoposto a spinte di carattere diverso. Per un verso, nonostante il maggior grado di flessibilità derivante dalle nuove Direttive UE del 2014, esso non smette di rappresentare una forma di autoproduzione e pertanto una particolare modalità organizzativa della pubblica amministrazione. Questo costituisce un limite invalicabile, oltre il quale cessa di operare il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche:⁵⁹ cessa la frontiera dello Stato ed inizia quella del mercato, oltre la quale tutti gli operatori, per il diritto eurounitario, sono assoggettati alle regole della concorrenza.⁶⁰

⁵⁷ Si può ricordare, a questo proposito, il *Manifesto per una riforma della società a partecipazione pubblica*, di L. PERFETTI – A. MALTONI – M. DUGATO – M. ANTONIOLI, in *Diritto dei servizi pubblici*, www.dirittodeiservizipubblici.it, 9 marzo 2025, in cui si denunciava come il legislatore avesse "infitto il quadro di norme derogatorie, dirette ad alterare il regime delle società a partecipazione pubblica rispetto a quello fissato dal codice civile". Inoltre, si affermava sempre nel Manifesto, "il diritto europeo è stato utilizzato dalla giurisprudenza in modo distorto, per finalità diverse da quelle sue proprie, al fine di estendere sostanzialmente l'applicazione di regole pubblicistiche sul piano dell'ordinamento interno (ne costituiscono esempi la nozione di organismo di diritto pubblico e quella di società *in house* che, delineati dal diritto europeo sostanzialmente in relazione al perimetro degli obblighi di gara sono divenuti per il diritto interno delle specie di categorie ontologiche". Gli Autori del Manifesto indicavano, tra le proposte, la necessità di far sì che venisse data "piena attuazione al principio, già codificato dall'art. 4, comma 13, d.l. n. 95 del 2012, secondo cui tutte le disposizioni di carattere speciale si interpretano nel senso che al di fuori di quanto espressamente stabilito, si applica la disciplina del codice civile sulle società di capitali. Inoltre, nell'auspicare che il legislatore provvedesse ad una definizione maggiormente puntuale di impresa pubblica, gli Autori rammentavano come occorresse "chiarire che ogni qualvolta gli enti pubblici decidano di perseguire i loro obiettivi (di interesse generale) attraverso l'istituzione o la partecipazione al capitale di società commerciali, essi debbono prendere atto che il regime della società e quello della sua attività non possono che essere quelli delineati dal codice civile".

⁵⁸ Apertamente per questa soluzione è G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. Comm.*, 2020, I, p. 457 ss.

⁵⁹ Il richiamo è all'art. 2, Direttiva 2014/23 UE, già commentato.

⁶⁰ Con i limiti, s'intende, che le stesse norme europee prevedono, a partire dalla nota disposizione di cui all'art. 106, comma 2, TFUE, per il quale "le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi

Ciò premesso, se appare quindi corretto affermare che la scelta d'introdurre particolari restrizioni agli affidamenti *in house*, ben possibile per il diritto eurounitario, dev'essere però rimessa, sul piano interno, quale decisione tipicamente politica, alla pienezza del potere legislativo (evitando di ricavare, come fa la Corte costituzionale, poteri impliciti di delega da principi immanenti all'ordinamento di assai dubbia esistenza), ci si può tuttavia chiedere, come abbiamo anticipato, se l'*in house providing* costituisca realmente lo strumento attraverso il quale si rinnova lo spazio per l'imprenditoria pubblica.

L'utilizzo dell'*in house* a questi fini è spesso sottinteso nel dibattito dottrinale. In materia di servizi pubblici locali, la gestione *in house* viene identificata con la gestione in mano pubblica, in contrapposizione alle altre forme di affidamento (affidamento con gara e società mista con "gara a doppio oggetto") che implicano comunque un ricorso al mercato, combinato o meno con l'iniziativa pubblica. La conclusione, in questi casi, deriva immediatamente dalla tripartizione delle forme di affidamento. Ma se si allarga lo sguardo, è facile accorgersi come il tema sia più ampio. Come abbiamo già accennato, la crisi derivata dalla pandemia da Covid-19 ha rimesso al centro dell'attenzione un argomento che per alcuni decenni sembrava scomparso dalle agende politiche e, di conseguenza, da quelle giuridiche: l'intervento pubblico nell'economia. Tornano previsioni legislative di partecipazione pubblica (o con apporto pubblico indiretto) al capitale delle imprese, sia pure a condizioni di mercato. Torna il controllo dello Stato sulla circolazione di *assets* ritenuti strategici ed in alcuni casi torna l'acquisizione alla mano pubblica. Si modifica – ed è questione di cronaca – il rapporto tra mercati concorrenziali e ruolo dello Stato.

Ciò che si prospetta non è certo la riproposizione di quanto accaduto in Italia nella prima metà del secolo scorso, né il sistema di economia mista che da qui ha avuto origine, per poi consolidarsi nel secondo dopoguerra alla luce dei nuovi assetti costituzionali.⁶¹ Lo scenario è ovviamente imparagonabile. In questa prospettiva, tuttavia, come si è autorevolmente osservato⁶², torna di grande interesse la riflessione sull'impresa pubblica. Possiamo qui soltanto farne cenno, ma sarà lo spazio che verrà riservato all'impresa

carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme sui trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, alla specifica missione loro affidata". Su tale disposizione, v. A. VIGNERI, *Le nozioni, i SIEG e l'autonomia locale*; M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza*, cit., entrambi in A. VIGNERI – M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, cit., rispettivamente p. 15 ss. e p. 33 ss.; G.L. TOSATO, *L'impresa pubblica nel diritto europeo*, in V. CERULLI IRELLI – M. LIBERTINI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019. L'argomento viene inoltre trattato dalla maggior parte degli scritti citati alla nota 2, ai quali si rinvia. V. inoltre i contributi raccolti nel volume *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, E. BRUTI LIBERATI – F. DONATI (a cura di), Torino, 2010, con scritti di N. Bassi, E. Bruti Liberati, M. Cammelli, F. Cintioli, M. Clarich, F. Donati, F. Merusi, G. Napolitano, G. Pericu, M. Ramajoli, D. Sorace, A. Travi.

⁶¹ Non abbiamo alcuna pretesa di fornire indicazioni bibliografiche anche solo latamente esaustive. Ci permettiamo soltanto di rinviare a E. CIANCI, *Nascita dello stato imprenditore in Italia*, Milano, 1977; S. D'ALBERGO, *Partecipazioni statali*, in *Nss. D.I.*, Appendice, V, Torino, 1984, p. 731; F. MERUSI – D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1990.

⁶² G. ROSSI, *Per una nuova riflessione sulle imprese pubbliche*, in www.ridiam.it, 10 aprile 2020.

pubblica⁶³, unitamente ad altri strumenti, a disegnare il perimetro delle nuove forme di intervento pubblico dell'economia. Su queste problematiche, com'è stato affermato⁶⁴, si aprono praterie per nuove ricerche. Non sembra invece che, in questa proiezione futura, possano immaginarsi grandi prospettive per l'*inhouse providing* e ciò indipendentemente dalle limitazioni poste dal legislatore nazionale. Pur con le maggiori aperture introdotte dalle nuove direttive europee, mutuando un'efficace espressione di alcuni Autori in uno scritto ormai risalente⁶⁵, l'*in house providing* resta pur sempre, per ragioni sue proprie e strutturali, "un'impresa dimezzata".

La forzatura dei propri limiti, lo spostamento dell'asse su cui ruota la figura dell'*in house providing*, le flessibilità indispensabili affinché le società *in house* possano comunque operare con criteri imprenditoriali, costituiscono acquisizioni le cui ragioni sono anche intuitivamente comprensibili. Ciò nonostante, questo spostamento ha generato diversi problemi di non facile soluzione. Basti pensare al complesso e difficile concorso di giurisdizione erariale e giurisdizione ordinaria nelle azioni di responsabilità degli amministratori delle società *in house*, rimasto in buona parte irrisolto nonostante l'art. 12 del d.lgs. 175/2016 e il tentativo ripetuto della Corte di Cassazione di dirimere la problematica. Costituisce questo uno dei molteplici casi in cui la doppia soggezione alle regole privatistiche e pubblicistiche determina un corto circuito.⁶⁶

⁶³ Sugli spazi che si aprono all'impresa pubblica riflette anche S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, cit., muovendo anch'ella dalle decisioni della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale che abbiamo commentato in queste note, ma in una prospettiva diversa da quella da noi suggerita. L'Autrice non distingue, come a noi pare debba farsi, la gestione *in house* dai possibili campi e modalità di intervento dell'impresa pubblica, ritenendo, al contrario, l'affidamento *in house* un valido strumento per le nuove forme di intervento pubblico nell'economia: "Alla base della sopravvivenza o meno dell'*in house providing* non c'è solo un problema di tensione e potenziale conflitto tra pubblico e privato nell'economia, ma c'è anche una valutazione sull'opportunità di ritenere operante, a supporto del mercato, dell'industria e dell'economia, un intervento pubblico strategico, concepito e strutturato per apportare innovazione e sperimentazione, a beneficio (soprattutto) e supporto (anche) della libertà d'iniziativa economica privata" (S. VALAGUZZA, cit., p. 284). Ovviamente si tratta di discussione aperta. A noi pare che lo strumento dell'*in house providing* sia insufficiente nella prospettiva di un nuovo ruolo per l'economia pubblica. Sull'impresa pubblica, v., tra gli innumerevoli scritti, G.L. TOSATO, *L'impresa pubblica nel diritto europeo*, cit. oltre agli altri contributi raccolti nel volume a cura di V. CERULLI IRELLI – M. LIBERTINI, *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, cit. Si consideri inoltre come l'impresa pubblica sia stata molto studiata negli ultimi decenni nella disciplina che ne offre la normativa europea in materia di appalti pubblici e concessioni. V., a questo proposito, M.A. SANDULLI, *Imprese pubbliche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., II, p. 459.

⁶⁴ G. ROSSI, cit., 3.

⁶⁵ R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 51 ss.

⁶⁶ La questione non può essere affrontata in questa sede. Ci basterà ricordare come, dopo aver tracciato, con la nota pronuncia delle Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806, la distinzione tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria a seconda che venissero, rispettivamente, in considerazione danni diretti o indiretti al patrimonio dell'ente pubblico socio, la Corte di Cassazione, con l'altrettanto nota sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 2623, ha ritenuto di dover derogare a questa distinzione per le società *in house*, sottoposte comunque alla giurisdizione della Corte dei Conti. A tale conclusione la Corte è giunta sulla base della considerazione per cui, tanto che venga inferito al patrimonio della società quanto a quello dell'ente pubblico socio, il danno ha pur sempre natura erariale. Ciò proprio a causa dello strettissimo legame esistente tra ente pubblico e società *in house*, tale da escludere, nella sostanza ed al di là dello schermo della personalità giuridica, che possa trattarsi di soggetti e di patrimoni distinti. Tale ricostruzione giurisprudenziale ha poi trovato consacrazione legislativa nell'art. 12, d.lgs. 175/2016. Più recentemente, tuttavia, la

Anche indipendentemente da questo tipo di problemi, vi è un limite oltre il quale appare difficile spingersi: l'*in house providing* non appartiene alla sfera del mercato. Ciò che invece la nuova stagione che si va inaugurando pone all'ordine del giorno sono nuove forme d'intervento pubblico nel mercato, dirette ad assicurare livelli di tenuta del sistema economico che il mercato non è in grado di garantire.⁶⁷ Il tutto, s'intende, nei limiti dell'ordinamento europeo, il quale sta rivedendo esso stesso il perimetro e le regole del gioco. Qui si aprono, tuttavia, nuovi capitoli. Tutti da scrivere.

Corte di Cassazione ha dovuto fare i conti con il fallimento di una società *in house*, ora espressamente consacrato all'art. 14, d.lgs. 175/2016, e con l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte del Curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 146 l.f. Subito è stata posta la questione di giurisdizione e, non avendo altra scelta, non potendosi sostituire l'azione del Curatore con quella del Procuratore presso la Corte dei Conti, la Corte ha dovuto concludere nell'unico modo possibile, ovvero dichiarando il concorso della giurisdizione ordinaria con quella erariale (Cass. Civ., Sez. Unite, 19 marzo 2018, n. 22406), lasciando aperti, tuttavia, innumerevoli problemi di difficile soluzione. Su tali argomenti, v., *ex pluribus*, M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 691 ss.; T. MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, cit., p. 595 ss.; A. POLICE, *Commento all'art. 12, d.lgs. 175/2016*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 311 ss. Si rinvia inoltre a M. ABBAGNALE – G. SCARAFIOCCA, *La gestione delle partecipazioni pubbliche e le responsabilità degli enti pubblici soci*, in M. ABBAGNALE – F. DAINELLI – S. FISSI – E. GORI – G. SCARAFIOCCA – N. TONVERONACHI, *Comuni e partecipate, Una storia di successo?* Roma, 2017, p. 115 ss.

⁶⁷ Quello dell'intervento pubblico non è soltanto un ruolo di supplenza, potendo assumere un'importanza centrale, ad esempio, nel promuovere l'innovazione. V., a questo proposito, M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Bari, 2019; v. anche, del medesimo Autore, per il rapporto tra crisi economica generata dalla pandemia e ruolo dell'intervento pubblico, *Non sprechiamo questa crisi*, Torino, 2020. V., infine, M. MAZZUCATO – M. JACOBS (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Bari, 2017.