



30 NOVEMBRE 2022

Considerazioni sull'istituto dell'in
house providing alla luce dell'art.10
d.l.77/2021

di Jacopo Sportoletti

Funzionario presso il Collegio del controllo concomitante della Corte dei conti



Considerazioni sull'istituto dell'*in house providing* alla luce dell'art.10 d.l.77/2021*

di Jacopo Sportoletti

Funzionario presso il Collegio del controllo concomitante della Corte dei conti

Abstract [It]: L'articolo si propone di indagare la recente evoluzione dell'istituto dell'*in house providing* alla luce dell'intervento legislativo di cui all'art. 10 del d.l. n.77 del 2021. Il legislatore sembrerebbe aver mutato l'atteggiamento verso questa modalità di affidamento dei servizi, quantomeno nel settore degli interventi pubblici volti a promuovere un'efficace e celere attuazione delle misure contenute nel PNRR. Lo scritto cerca di rilevare questo *revirement*, al fine di valutare la possibile compatibilità del "nuovo *in house*" con i principi eurounitari.

Title: Considerations on the institution of *in house providing* in the light of art.10 d.l.77/2021

Abstract [En]: The article aims to investigate the recent evolution of the institution of *in house providing* in the light of the legislative intervention referred to in art. 10 of d.l. n.77 of 2021. The legislator would seem to have changed the attitude towards this way of entrusting services, at least in the field of public intervention, in order to promote the effective and rapid implementation of the measures contained in the NRRP. The paper tries to detect this *revirement*, in order to assess the possible compatibility of the "new *in house*" with the European principles.

Parole chiave: concorrenza, *in house providing*, PNRR, interventi pubblici, controllo concomitante

Keywords: competition, *in house providing*, NRRP, public intervention, concurrent control

Sommario: 1. Introduzione. 2. Principio della concorrenza e modalità di affidamento dei servizi d'impresa. 3. Elementi fondanti dell'*in house* e sua natura giuridica. 4. Verso un "nuovo" *in house*? 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'*in house providing* è uno dei possibili modi, elaborati in ambito europeo, attraverso cui le Pubbliche amministrazioni possono prestare un servizio pubblico, attribuendone la gestione ad un ente determinato, a certe condizioni. Come noto, tale modalità di gestione è stata a lungo studiata dalla dottrina¹ fin dal

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per una rassegna della dottrina più risalente sul tema dell'*in house* si veda G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Vol. 6, 2000, p. 1461 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e "in house providing"*, in, *Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 537 e ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene Editore, Napoli, 2004; F. DELLO SBARBA, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 13, 28 giugno 2006; S. FERRANDO, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Forum Editrice, Udine, 2007. In particolare si veda quanto affermato da G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in, C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, UTET giuridica, 2007, p. 409. L'Autore afferma che "mentre per l'*e-procurement* l'indirizzo dell'attività amministrativa tende a conformarsi alle regole comunitarie poste a tutela della libera concorrenza, una situazione assai diversa emerge in rapporto ad un'ulteriore tipo di alternativa all'evidenza pubblica, costituita dall'affidamento *in house* degli appalti. Questa locuzione designa il fenomeno, che in Italia è in costante incremento, in base al quale le amministrazioni aggiudicatrici si rivolgono ad appositi enti o società per ottenere beni o servizi, senza esperire procedure ad evidenza pubblica". Si veda anche S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in, *Urbanistica e appalti*, fasc. 2, 2008; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009; R. C. PERIN, *Il modulo derogatorio in*

momento della sua emersione nell'ordinamento. In questo percorso più che ventennale, gli studi giuspubblicistici – di diritto amministrativo ma anche pubblico generale – hanno contribuito non poco a mettere a fuoco gli elementi suscettibili di migliore attenzione normativa. A tal riguardo, infatti, si rammenta che i requisiti costitutivi fondamentali dell'*in house providing*, oggi, trovano sistematizzazione e corpo nel Codice dei contratti pubblici *ex* d.lgs. n.50/2016 e nel d.lgs. n.175/2016.

Partendo dall'analisi di queste disposizioni e constatando le modalità in cui si è tradotto il ricorso a tale tipologia di affidamento, non si potrà non rilevare come questo strumento sia stato oggetto di un'applicazione "ristretta", nel senso che si tratta di una delle alternative legittimate dalla legge subordinatamente alle altre modalità ammesse dal diritto europeo (affidamento tramite gara o costituzione di una società mista pubblico-privata).

Nonostante questa chiara presa di posizione e in controtendenza rispetto a quanto delineatosi nel panorama nazionale con il trascorrere degli anni, il legislatore ha introdotto l'art. 10 del d.l.n. 77/2021 con il quale sembrerebbe aver determinato una forte espansione del ricorso all'"autoproduzione", in conseguenza dell'eliminazione o quantomeno dell'attenuazione del requisito del controllo analogo che aveva da sempre contraddistinto l'istituto in commento, costituendone uno dei pilastri.

Prima di verificare la portata di tale intervento legislativo, è opportuno provvedere a effettuare un breve inquadramento del principio della concorrenza e delle sue declinazioni, sia nel contesto nazionale, sia in quello europeo per addivenire, poi, ad una necessaria ricostruzione generale, seppur in sintesi, dell'*in house*. Successivamente si potrà quindi esaminare il recente intervento del legislatore appena evidenziato, in modo da provare a verificarne contenuti e ambito di applicazione che ad una prima analisi appaiano innovativi. In tale direzione, si proverà a indagare se il *novum* legislativo sia iscrivibile in una dimensione di intervento generale o se emerga, anche a fronte di un apporto esegetico, un raggio d'azione più "limitato".

Accogliendo quest'ultima opzione, infatti, si potrebbe circoscrivere l'applicazione delle modifiche normative al settore degli interventi pubblici inerenti l'attuazione del PNRR², in modo da poter

autoproduzione o in house, in H. BONURA–M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli Editore, Torino, 2011; E. MICHETTI, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale interna ed europea anche alla luce del referendum del 12 e 13 giugno 2011*, Giuffrè Editore, Milano, 2011.

² *Cfr.*, Reg. UE 2021/241 disciplinante il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, pubblicato sulla GUUE Serie L 57 del 18.02.2021. Al paragrafo 6 sono contenute le motivazioni principali dell'adozione di questa misura straordinaria. "L'insorgere della pandemia di COVID-19 all'inizio del 2020 ha cambiato le prospettive economiche, sociali e di bilancio nell'Unione e nel mondo, richiedendo una reazione urgente e coordinata sia a livello di Unione che a livello nazionale per far fronte alle enormi conseguenze economiche e sociali nonché agli effetti asimmetrici per gli Stati membri. La crisi COVID-19, così come la precedente crisi economica e finanziaria del 2009, hanno dimostrato che lo sviluppo di economie solide, sostenibili e resilienti nonché di sistemi finanziari e di *welfare* basati su robuste strutture economiche e sociali aiuta gli Stati membri a reagire con maggiore efficacia e in modo equo e inclusivo agli *shock* e a registrare una più rapida ripresa. La mancanza di resilienza può anche comportare effetti di ricaduta negativi dovuti agli *shock* tra Stati

riconsiderare l'*in house*, oggetto di tali modifiche, all'interno delle limitate deroghe ammesse al principio della concorrenza. Diversamente, accogliendosi un'interpretazione dell'intervento legislativo particolarmente ampia, volte a introdurre un nuovo "sistema" *in house*, non potrebbe non cogliersi la portata innovativa di questo radicale *revirement* che avrebbe condotto il legislatore a sancire un nuovo tipo di affidamento diretto, in deroga ai requisiti elaborati dalla giurisprudenza eurounitaria.

Questo *excursus* rileverà, inoltre, anche le posizioni assunte sulla questione dalle prime deliberazioni del Collegio del controllo concomitante³ della Corte dei conti. Organo di controllo, questo, istituito e rafforzato, nei suoi poteri, dal legislatore mediante l'art. 22 del d.l.n.76/2020, la cui funzione, relativa al controllo sul corretto impiego delle risorse previste per l'attuazione del PNRR, è stata ben declinata dalle

membri o nell'Unione nel suo insieme, ponendo in tal modo sfide per la convergenza e la coesione nell'Unione. Riduzioni della spesa in settori come l'istruzione, la cultura e i settori creativi e nella sanità può rivelarsi controproducente ai fini di una rapida ripresa. Le conseguenze a medio e lungo termine della crisi COVID-19 dipenderanno essenzialmente dalla rapidità con cui le economie e le società degli Stati membri si riprenderanno da tale crisi, rapidità che dipende a sua volta dal margine di bilancio di cui dispongono gli Stati membri per adottare misure volte a mitigare l'impatto a livello sociale ed economico della crisi e dalla resilienza delle loro economie e strutture sociali. Riforme e investimenti sostenibili e favorevoli alla crescita che affrontino le carenze strutturali delle economie degli Stati membri, e che rafforzano la resilienza degli Stati membri, ne aumentino la produttività e conducano a una loro maggiore competitività, saranno pertanto essenziali per riportare tali economie sul giusto corso e ridurre le disuguaglianze e le divergenze nell'Unione". La Commissione europea ha pubblicato la proposta di decisione di esecuzione del Consiglio, riguardo al PNRR italiano, in data 22 giugno del 2021. In data 13 luglio 2021 il Piano è stato approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio.³ L'istituzione del Collegio del controllo concomitante è il frutto di un percorso legislativo volto a modificare le forme di intervento della Corte dei conti, intrapreso, come noto, con la riforma operata dalla legge n. 20 del 1994 che ha determinato un processo di accelerazione verso un maggiore impiego dei controlli esterni, improntati sul modello delle verifiche gestionali, in parallelo con uno spostamento del baricentro dell'azione amministrativa, sempre più concentrata sul raggiungimento dei risultati e sul perseguimento di obiettivi misurabili in termini di efficacia e qualità dei servizi resi alla collettività.

In siffatto contesto, soggetto a continua evoluzione, è stato introdotto, per la prima volta, dall'articolo 11, comma 2 della legge 4 marzo 2009 n. 15 e potenziato dall'art. 22 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il controllo concomitante che si colloca nell'ambito delle forme di controllo sulle Amministrazioni dello Stato rimesse alla Corte dei conti, nello specifico quelle sulla gestione delle pubbliche amministrazioni *ex art. 3 comma 4 L.n.20/1994*.

L'art. 22 del d.l. n. 76 del 2020, rubricato "*controllo concomitante della Corte dei conti per accelerare gli interventi di sostegno e rilancio dell'economia nazionale*", disposizione introdotta con il fine di sostenere la ripresa economica, successivamente alla pandemia da COVID-19, da conseguire con l'attuazione del PNRR, assume ruolo centrale nella ricostruzione sistematica del nuovo statuto di questa forma di controllo. La *ratio* della norma consiste, infatti, proprio nella dichiarata finalità di *accelerazione* delle misure attuative che deve connotare la funzione di controllo, tracciando i contorni di una funzione che, per tale sua caratteristica, diviene, nel contesto dei *piani, programmi e progetti* oggetto degli interventi, un fattore *propulsivo* dell'attuazione degli stessi, tale da innescare anche processi di autocorrezione da parte dei soggetti attuatori.

Aspetto rilevante, costituente una novità importante introdotta dall'art. 22, è costituito dalle due differenti modalità di esercizio del controllo concomitante. L'attività di controllo, infatti, può essere esercitata anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, affiancando, la disposizione, ad un potere di iniziativa "d'ufficio" e in autonomia, uno ad iniziativa "a richiesta di parte".

Allo stesso articolo 22 del d. l. n. 76 del 2020 si deve, altresì, il concreto impulso alla creazione, nell'ambito della Corte dei conti, del nuovo Ufficio di controllo, confermandone con ciò il carattere innovativo e differenziale rispetto alle precedenti forme di controllo già in essere e rimettendo, al secondo comma, detta istituzione alla potestà regolamentare del Consiglio di Presidenza. Quest'ultimo vi ha dato concretamente seguito con la recente delibera n. 272 del 10 novembre 2021, istitutiva, per l'appunto, del Collegio del controllo concomitante presso la Sezione Centrale Controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato. In dottrina, in merito alla ricostruzione del controllo concomitante, si veda A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in, *Rivista della Corte dei conti*, fasc. 5, 2021.

Sezioni Riunite della Corte⁴. Quest'ultime, infatti, nel dettare la programmazione dei controlli e delle analisi della Corte dei conti per il 2022, hanno evidenziato come al Collegio del controllo concomitante sia affidato dalla legge istitutiva il compito di “*accelerare gli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*” e come, dunque, si tratti “*di un controllo che ha come scopo quello di imprimere un effetto propulsivo all'azione di governo del sistema*”.

Nelle conclusioni, si cercherà di proporre una sintesi delle problematiche riscontrate sul campo, provando a delineare una soluzione giuridica in grado di contemperare le ragioni sottese all'ampliamento del ricorso all'affidamento diretto e il rispetto dei requisiti statuiti dalla giurisprudenza eurounitaria.

2. Principio della concorrenza e modalità di affidamento dei servizi d'impresa

L'*in house providing*, il cui utilizzo assume i tratti di una “scelta” neutrale in ambito europeo, *ove l'ordinamento eurounitario non impone ma non vieta neanche l'introduzione di norme interne maggiormente restrittive per gli affidamenti in house*⁵, venendo essa rimessa alla libera determinazione degli Stati membri, presenta significative connessioni con il principio della concorrenza⁶. A tal riguardo è utile effettuare una breve e preliminare ricognizione di quest'ultimo principio, stante le significative ricadute che l'impiego di questa modalità di gestione dei servizi pubblici determina su di esso.

In particolare, la “concorrenza”, in termini economici, individua quella particolare condizione nella quale si registra un vasto accesso al mercato da parte di un numero indeterminato di soggetti economici che sono *price taker*, ovvero non possono influire sulla determinazione del prezzo dei beni, omogenei, scambiati sul mercato stesso. Sussiste un'informazione completa dei consumatori e delle imprese e vi è piena libertà di ingresso e di uscita dal mercato⁷.

Spostandoci dall'ambito delle definizioni economiche a quello delle categorie giuridiche, si evidenzia che la concorrenza non rinviene una precipua affermazione nella Costituzione, pur essendo collegata al

⁴ Cfr. Corte dei conti, Sez. Riunite, deliberazione n. 21 del 22 dicembre 2021 relative alla “Programmazione dei controlli e delle analisi della Corte dei conti per l'anno 2022”.

⁵ G. SCARAFIOCCA, L’*“in house providing” di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, fasc. 4, 10 febbraio 2021, p. 276 e ss.

⁶ Si veda, sulla questione, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; C. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, fasc. 8, 2017. L'Autore, in relazione al fondamento della tutela del mercato attribuita all'*Antitrust* italiana, afferma che “le norme di principio dell'ordinamento europeo hanno la stessa struttura e la stessa funzione delle norme di principio dell'ordinamento nazionale: dirigono il legislatore europeo nella nuova duplice struttura costituita da Parlamento europeo e dal Consiglio, orientano l'interpretazione da parte dei soggetti dell'ordinamento (tant'è che questi ultimi devono svolgere oggi non solo l'interpretazione conforme a costituzione, ma anche quella conforme al diritto europeo), e possono essere azionate davanti alla Corte di Giustizia. Quindi, l'art. 3.3 TUE ha lo stesso valore e lo stesso significato dell'art. 2 della Costituzione italiana: identico, perché tutte quelle funzioni che può svolgere l'art. 2 Cost. (e le altre disposizioni di principio) possono essere svolte anche dall'art. 3.3. TUE”.

⁷ Per una completa disamina del principio della concorrenza, il suo impatto nei mercati e i suoi risvolti macroeconomici per gli Stati si veda O. BLANCHARD, *Macroeconomia: una prospettiva europea*, il Mulino, 2020.

principio di libera iniziativa economica di cui all'art.41⁸. A tal riguardo si fa presente che, pur non essendo facilmente collocabile nel dettato costituzionale, siffatto principio trova, invece, un'ampia trattazione in ambito europeo. Il diritto eurounitario, infatti, si adopera per costituire, nel mercato interno, uno *spazio comune senza frontiere* ex art. 26 par.2 T^{fue}, attraverso l'attuazione dei principi di libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali. Nel perseguimento di tale scopo, l'art. 119 T^{fue} statuisce il fine ultimo dell'azione degli Stati membri e dell'Unione, ovvero quello di creare *“un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”*.

Risulta del tutto evidente, dunque, come la materia della concorrenza rientri tra le competenze esclusive⁹ dell'Unione, la quale, ex art.3 T^{fue}, provvede a definire le *regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*.

In vero, è opportuno evidenziare che queste considerazioni sono riferibili alla tematica del riconoscimento della base giuridica di siffatto principio, che costituisce dato autonomo rispetto all'individuazione dei soggetti deputati alla sua tutela¹⁰.

In relazione a questi ultimi, infatti, può individuarsi un'ipotesi di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 comma 2 lett. e), attuabile sia mediante la previsione di misure legislative in “senso proprio”, volte a contrastare condotte dei soggetti economici distorsive dell'assetto concorrenziale dei mercati, si tratta delle misure *antitrust* la cui *ratio risiede nel tentativo di evitare di pregiudicare il liberoscambismo all'interno del mercato unico*¹¹, sia misure legislative “di promozione”, nelle quali rientrano quelle finalizzate a realizzare la

⁸ Sulla possibilità di ricondurre il principio della concorrenza ad un'interpretazione evolutiva dell'art. 41 della Costituzione si veda G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata* (voce), in, *Enciclopedia giuridica*, XIX, Roma, 1990, p. 6.

⁹ Cfr. Corte giust. un. eur. n.119 del 2007, ove i giudici hanno ribadito la competenza esclusiva dell'Ue, sulla “materia concorrenza”, in base al principio di attribuzione che la colloca nel perimetro del diritto eurounitario. In relazione al principio di intangibilità del giudicato, infatti, la Corte ha ritenuto che tale principio diventi recessivo “nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva”.

¹⁰ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in, *Quaderni costituzionali*, il Mulino, fasc. 3, settembre 2019, p. 597 e ss. L'Autore, oltre a individuare varie tesi alla base del rapporto diritto costituzionale-concorrenza, rileva che “la tutela della concorrenza non c'era nella Costituzione italiana del 1948 e, a parte qualche isolata interpretazione dottrinale, è opinione prevalente che essa non potesse essere desunta dall'art. 41 della Costituzione. Tuttavia, essendo prevista la garanzia della libertà d'iniziativa privata e l'impiego di un concetto giuridico indeterminato, come quello di «utilità sociale» per fondarne i limiti si è arrivati ad un'interpretazione evolutiva. «Il richiamo dell'art. 41 all'utilità sociale ben può riferirsi alla concorrenza quale strumento per promuovere l'utilità sociale»”.

¹¹ In materia di misure *antitrust* i Trattati europei hanno dettato una serie di disposizioni. Alcune producono i loro effetti nei confronti delle imprese. Tra queste rientra l'art. 101 T^{fue}, che vieta gli accordi restrittivi della concorrenza e l'art. 102, disposizione che vieta gli abusi di posizione dominante. L'art. 107 T^{fue}, invece, opera nei confronti degli Stati membri, vietando, in quanto incompatibili con il mercato e salvo ipotesi eccezionali, ogni forma di aiuto alle imprese da parte dello Stato, sia sotto il profilo di erogazioni pubbliche, sia per il tramite di risparmi di spesa. Un'attenta disamina del contenuto della normativa sugli aiuti di Stato ex art. 107 T^{fue} è svolta da M. DE BENEDETTI, *La tutela del risparmio in Italia tra crisi sistemiche e aiuti di Stato*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, fasc. 18, 27 settembre 2017. L'Autore rileva che “una delle conseguenze della crisi del 2008 che si è maggiormente messa in luce è stata la fondamentale inadeguatezza dei sistemi nazionali di gestione delle crisi sistemiche e delle conseguenti situazioni di instabilità strutturale del sistema

concorrenza “nel mercato”. In quest’ultima accezione rientrano tutti quei provvedimenti legislativi di liberalizzazione volti a eliminare barriere o a semplificare¹² l’accesso al mercato.

Infine, si annoverano le regole di diritto pubblico “per il mercato” le quali, promuovendo lo svolgimento di procedure selettive nella scelta del soggetto erogatore di servizi pubblici, realizzano “*la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici*”¹³.

Questo breve inquadramento del principio di concorrenza si è reso necessario al fine di poter meglio delineare l’ambito di intervento dell’amministrazione pubblica. Quest’ultima, infatti, opera sia mediante attività provvedimentale, in attuazione del principio di imperatività, sia mediante accordi pubblici sostitutivi o integrativi del provvedimento *ex art.* 11 L.n. 241/1990, costituenti espressione del principio pattizio di cui all’art.1321 e ss. Codice civile, che vedono il soggetto pubblico operare secondo canoni civilistici, pur con le doverose eccezioni¹⁴.

Come noto, accanto a queste tipologie di attività (imperativa-contrattuale), si aggiunge quella di impresa, ricomprendente anche la prestazione dei servizi pubblici, i *Sieg*, identificabile come “diritto amministrativo prestazionale”¹⁵.

Volendo approfondire il contenuto della nozione di servizio pubblico, si fa presente che esso si estrinseca in quella prestazione, fornita alla comunità per il soddisfacimento di bisogni collettivi, che può assumere una duplice natura; si tratta dei servizi “a rilevanza economica”, i quali possono essere forniti secondo

bancario. Gli interventi statali nel settore degli intermediari finanziari, sotto forma di aiuti da parte di governi e banche centrali, hanno assunto un ruolo preponderante soprattutto nei riguardi di quelle istituzioni considerate “*too big to fail*”, ossia istituti bancari il cui fallimento, date le loro dimensioni e rilevanza, avrebbe comportato pericolosissime conseguenze per la stabilità del mercato e dell’economia”

¹² Si pensi a forme di semplificazione amministrativa quali la Scia e il silenzio assenso, *ex artt.* 19,20 L.n. 241/1990.

¹³ Corte cost. sentenza n. 97 del 2014; L. D. PRISCOLI, *La concorrenza*, in, *Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale*, luglio 2015; C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in House providing*, in, *Quaderni di diritto commerciale. Serie, saggi*, n. 49, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 12-13. L’Autore osserva che la concorrenza per il mercato contiene “un precetto indirizzato elettivamente al soggetto pubblico...che non è stato interpretato in senso forte”, essendo “prevalsa un’interpretazione per così dire debole”. In tale direzione “l’ente pubblico conserva il potere di decidere se continuare a gestire l’erogazione del servizio direttamente o tramite organismi interni all’ente, o, per converso, procedere alla esternalizzazione dell’attività...In tale contesto si colloca il fenomeno dell’affidamento *in house*”.

¹⁴ L’analisi dell’attività amministrativa, sia provvedimentale che non, è oggetto di precipua indagine da parte di P. M. VIPIANA, *L’attività amministrativa e i regimi amministrativi delle attività private*, CEDAM, 2017, pp. 4,5. L’Autrice rileva che “le pubbliche amministrazioni, oltre ad esercitare attività amministrative, e quindi far uso degli strumenti pubblicistici (atti e provvedimenti amministrativi, nonché procedimenti amministrativi), possono utilizzare pure strumenti del diritto comune, ossia privatistici. Ad esempio, al fine di costruire un’opera pubblica, l’amministrazione, anziché adottare un provvedimento di esproprio del terreno occorrente, potrebbe acquistarlo attraverso un contratto di compravendita. Come di recente il Consiglio di Stato ha messo in evidenza, il sistema del diritto amministrativo non deve né può esaurirsi nel c.d. «diritto autoritativo» a disciplina di poteri e funzioni delle amministrazioni pubbliche, poiché esso si articola in schemi e ambiti di c.d. «diritto convenzionale» altrettanto necessari per disciplinare settori di evidente interesse per i cittadini”.

¹⁵ Cons. stato, sez. III, sentenza n. 5910 del 2013.

modalità d'impresa e i servizi “a rilevanza non economica”, prestati dallo Stato e posti a carico del bilancio pubblico¹⁶.

Proprio partendo da questa articolazione, autorevole dottrina ha esaltato la dimensione europea di detti servizi affermando che i *Sieg*, presenti sin dall'origine nei Trattati europei, *costituiscono un aspetto essenziale del modello europeo di società, in quanto favoriscono la coesione sociale e territoriale e garantiscono il godimento delle libertà fondamentali*¹⁷.

A dimostrazione di quanto sopraenunciato, si richiamano gli artt. 14 e 106 T^{fu} che introducono un *sistema speciale*, derogatorio delle regole del mercato. Il combinato disposto degli artt.14 e 106, paragrafo 2, infatti, *riconosce che la gestione dei servizi di interesse economico generale (d'ora innanzi SIEG), per l'importanza che rivestono per i valori comuni dell'Unione e in quanto finalizzati alla promozione della coesione sociale e territoriale (come precisato, peraltro, anche dall'art.36 della Carta di Nizza), può derogare alle regole della concorrenza*¹⁸.

Quanto osservato si pone all'interno di un quadro più generale ove opera il principio di libera prestazione dei servizi *ex art. 56 T^{fu}* dell'attività di impresa, che può essere pubblica o privata.

Volendo prendere in considerazione l'attività privata, si evidenzia che autorevole dottrina ha fornito un ordine di gradazione della libera attività di impresa, individuando, al primo livello, le cosiddette prestazioni di servizi “mere”¹⁹. Queste, in attuazione del principio della concorrenza, possono essere rese da qualsiasi soggetto.

¹⁶ Sull'individuazione della nozione di servizio pubblico, nella sua accezione soggettiva e oggettiva, si veda D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in, *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2010, pp. 1-25; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in, federalismi.it, www.federalismi.it, n. 6, 19 marzo 2014; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in, federalismi.it, www.federalismi.it, n. 14, 13 luglio 2016. L'Autore precisa che “ancora non sopito è il dibattito relativo alla loro definizione, e ciò è anche dovuto non soltanto alla tradizionale oscillazione, cui non si sottrae neppure la giurisprudenza, tra i poli della concezione oggettiva e soggettiva del servizio, ma anche al fatto che la categoria è usata a fini molto diversi tra di loro: per giustificare l'azione pubblica nel mercato (dunque con significative analogie rispetto all'esperienza spagnola), per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per distinguere gli appalti di servizi dalle concessioni di servizi pubblici, per fini penalistici, per operare un confronto (di volta in volta risolto con i criteri della coincidenza o della continenza) con la categoria del servizio di interesse economico generale. Non si dimentichi, infine, la tendenza, forse non sconosciuta neppure nel contesto spagnolo, a estendere nella prassi i confini della nozione”.

¹⁷ C. ANASTASI, *Servizi di interesse generale, I servizi di interesse generale nel diritto dell'Unione europea*, in, giustizia-amministrativa.it, 2022. L'Autrice individua tutte le varie tipologie di servizi di interesse generale: economici, non economici e sociali. “I servizi di interesse economico generale sono servizi di base, di solito sono forniti dietro corrispettivo e sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo (ad esempio, i servizi postali), sebbene tali regole possono essere derogate, allorché occorra fornire l'accesso dei cittadini ai servizi di base. I servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi previdenziali previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica né alle norme sul mercato interno e la concorrenza. I servizi sociali di interesse generale sono quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica (ad esempio, i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia sociale)”.

¹⁸ C. DEODATO, *Gli ambiti dell'intervento pubblico nell'organizzazione e nella gestione dei servizi alla collettività: il conflitto irrisolto tra mercato e tutela sociale dei bisogni della collettività*, in, giustizia-amministrativa.it, 2020.

¹⁹ In merito a tale classificazione, riportata dalla manualistica classica, anche recente, si veda V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 793. In dottrina, relativamente alla coniugazione del principio della concorrenza con l'esercizio dell'attività di impresa, si veda G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto alla*

Al secondo livello si collocano tutte quelle attività caratterizzate da una stretta relazione con l'interesse pubblico. In tale eventualità, ricorrendo un *motivo imperativo di interesse generale*, la direttiva europea 123/2006, attuata mediante il d.lgs. n. 59/2010, prevede la possibilità che l'esercizio dell'attività economica possa essere subordinata al previo rilascio di un'autorizzazione²⁰ costituente titolo che, qualora ricorrano esempi di *scarsità delle risorse naturali*, in attuazione delle misure della concorrenza "per" il mercato, deve essere riconosciuto subordinatamente all'espletamento di una procedura di gara.

Ultimo stadio di questa gradazione dell'attività economica è costituito dai servizi di interesse economico generale, *Sieg*²¹, ove le imprese incaricate della gestione del servizio sono sottoposte, come sopra rilevato, alle norme dei Trattati Ue e quindi anche alle regole sulla concorrenza, salvo che esse ostino *alla specifica missione loro affidata ex art. 106 par. 2 Tfu*.

Qualora si verifichi quest'ultima condizione, si determinano fenomeni di fallimento del mercato concorrenziale²². In tali ipotesi lo Stato membro è legittimato a intervenire con un "atto di assunzione del servizio",²³ essendo ritenuto quest'ultimo di notevole rilievo per la "comunità", mediante l'imposizione

concorrenza e funzioni dell'autorità garante, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2010. L'Autore rileva che "è la disciplina comunitaria a definire così la cornice legale dei singoli servizi: ne stabilisce, infatti, il grado di apertura, i titoli di accesso, i meccanismi di funzionamento. Le norme comunitarie, in particolare, impongono agli Stati di abolire i diritti speciali ed esclusivi e di dichiarare libera l'attività precedentemente riservata. In questo modo, l'armonizzazione comunitaria investe direttamente la disciplina dell'ingresso sul mercato. Al regime concessorio, che presuppone il trasferimento di una prerogativa dello Stato, si sostituisce il sistema autorizzatorio, più adatto al controllo di una libera attività economica privata. Inoltre, il rilascio delle autorizzazioni non può essere subordinato a valutazioni discrezionali. Per questa ragione, il regime della licenza individuale, che presuppone il rilascio caso per caso di un atto amministrativo di assenso, è progressivamente sostituito dall'adozione di un atto di autorizzazione generale, che abilita gli operatori a entrare sul mercato sulla base di una mera dichiarazione di conformità alle condizioni ivi prescritte."

²⁰ L'art. 14 del d.lgs.n.59/2010 statuisce che i titoli autorizzatori "possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità".

²¹ La concorrenza come limite all'istituzione dei SIEG e le "eccezionali" deroghe al principio concorrenziale sono evidenziate da M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 1 febbraio 2020, pag. 53.

²² Per un'analisi dei "fallimenti" del mercato, delle sue cause nonché delle conseguenti azioni che deve assumere uno Stato, si veda la manualistica classica sulla tematica, L. MINERVINI–A. VIELLA, *I fallimenti di mercato*, in A. URICCHIO, V. PERAGINE, M. AULENTA (a cura di), *Manuale di scienza delle finanze, diritto finanziario e contabilità pubblica*, Nel diritto Editore, 2018, p. 77 e ss; B. BISES, *Lezioni di scienza delle finanze*, Parte I, II ed., Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 112 e ss. In dottrina, in particolare, si veda F. SCLAFANI, *Nuovi modelli di tutela del consumatore nell'evoluzione del mercato dell'energia: elementi di rischio e esigenze di protezione*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Ancora sulla transizione nel settore dell'energia. Gli aiuti di Stato la tutela del consumatore*, CEDAM, 2019, p. 101. L'Autore, esaminando il rapporto tra liberalizzazione, regolazione e concorrenza, osserva che "nell'analizzare questo rapporto dobbiamo partire da un dato ormai acquisito sia tra gli economisti che tra i giuristi, ovvero il primato del diritto della concorrenza sulla regolazione economica dei mercati secondo il quale la regolazione è utile solo là dove non arriva la concorrenza, quindi opera come rimedio o antidoto ai fallimenti del mercato perché l'interesse generale non assicurato dal mercato è la giustificazione ma anche il limite dell'intervento regolatorio il quale presuppone la presenza di operatori dominanti, esternalità, asimmetrie informative o esigenze di universalità del servizio (per questo si dice che la regolazione economica si colloca tra i fallimenti del mercato e i fallimenti dello Stato e che la migliore regolazione è quella che crea le premesse per fare a meno di se stessa)".

²³ Sulla ricostruzione delle modalità di gestione del servizio pubblico, si veda L. GIZZI, *Il trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata? (Note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 103 del 2020)*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 25, 9 settembre 2020. L'Autrice, in merito al servizio pubblico, rileva che "le Autorità pubbliche sono sostanzialmente libere di scegliere non solo come organizzarlo, ma anche come gestirlo, secondo una delle

di un obbligo di servizio pubblico a imprese private o pubbliche²⁴ da realizzarsi attraverso tre differenti modalità.

La prima comporta il ricorso al mercato mediante una procedura di gara volta all'individuazione del gestore. La seconda è diretta a costituire una società mista ove il socio privato venga selezionato quale *partner* del soggetto pubblico. Infine, sussiste la possibilità per l'amministrazione di ricorrere alle società *in house*.

Si precisa che tali possibili alternative di attribuzione sono state ricomprese nella Direttiva 2014/24 UE sugli appalti pubblici, recepita dal d.lgs.n.50/2016²⁵, dalla quale sembrerebbe emergere una “sostanziale indifferenza” riguardo a un possibile ordine di preferenza nella scelta di tali modalità. Il provvedimento eurounitario, infatti, al Considerando n. 5, afferma 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*.

Anticipando quanto verrà esposto nel successivo paragrafo si fa presente che, nella costituzione di una società *in house*, il soggetto pubblico non ricorre al mercato per affidare la gestione del servizio o la realizzazione dell'opera pubblica, bensì provvede direttamente, tramite la cosiddetta “autoproduzione”, alla fornitura della prestazione derogando al principio della concorrenza “per” il mercato, mediante una società pubblica.

L'affidamento diretto di concessioni e appalti inerenti beni e servizi, dunque, presuppone l'assenza di terzietà dell'organismo affidatario che, seppur munito di personalità giuridica, si identifichi quale “ufficio interno” della pubblica amministrazione affidante, non sussistendo alcun rapporto di alterità sostanziale. *Non si tratterebbe di un effettivo ricorso al mercato (outsourcing), bensì di una forma di autoproduzione o comunque di erogazione di servizi pubblici direttamente ad opera dell'amministrazione e attraverso strumenti propri (in house providing)*²⁶.

seguenti modalità: mediante gestione diretta, rimessa alle proprie strutture e ai propri servizi; mediante affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, che posseggano i noti requisiti del modello *in house*; mediante affidamento diretto a società miste, purché sia rispettato il principio della gara a doppio oggetto; infine, mediante affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, in un'ottica di concorrenza per il mercato”. Per una ricostruzione classica, tratta dalla manualistica, si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 371.

²⁴ Si osserva che ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016, le società pubbliche sono destinatarie di un “vincolo di attività” e di “scopo pubblico”. In base ad essi, non potendo più esercitare attività d'impresa, viene riconosciuto a tali soggetti esclusivamente la possibilità di svolgere attività di servizio pubblico. L'argomento viene affrontato da A. AMODIO, *Le società pubbliche genesi di una riforma*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 6, 16 novembre 2018.

²⁵ La tematica degli affidamenti *in house*, successivamente all'introduzione del nuovo Codice degli appalti, è oggetto di generale analisi da parte di C. CONTESSA, *Il nuovo in house providing*, in, R. GAROFOLI-G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma- Molfetta, 2017.

²⁶ R. CHIEPPA, *L'impresa pubblica, le società pubbliche e le società in house*, in R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2020, p. 323. Relativamente alla tematica delle aggregazioni delle imprese che gestiscono servizi pubblici locali, si veda quanto affermato da G. SCARAFIOCCA, *In house providing, società mista e Ambiti Territoriali Ottimali. A proposito della sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 12 maggio 2022, Causa C-719/20, Comune di Lerici*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, fasc. 29, 2 novembre 2022, p.161 e ss. L'Autore effettua un'analisi sulle

In sostanza, l'amministrazione, segue modelli organizzativi interni che, proiettandosi verso la costituzione di apposite società (*in house*), sono *alternativi rispetto al tradizionale utilizzo di propri uffici interni o aziende autonome*²⁷.

3. Elementi fondanti dell'*in house* e sua natura giuridica

Una volta delineati, nel precedente paragrafo, i modi di gestione dei servizi pubblici e le relative interconnessioni con il principio della concorrenza, è opportuno individuare i requisiti costitutivi dell'affidamento diretto.

Tale indagine presuppone l'analisi della problematica, in questa sede non affrontabile, dell'ordine di scelta della tipologia di affidamento del contratto pubblico, ove la dottrina e la giurisprudenza sembrano assestarsi su due differenti orientamenti²⁸; parità di scelta rispetto ai modelli prefigurati dal diritto eurounitario o configurabilità del rapporto regola-eccezione tra l'affidamento tramite gara e quello diretto. Ricostruito, in termini generali, il dibattito su tale questione, peraltro ancora non sopito, non può non farsi notare che, come noto, l'*in house*²⁹ è un istituto comunitario sorto dall'elaborazione della giurisprudenza europea³⁰ al fine di limitare le deroghe all'obbligo di gara pubblica.

condizioni dell'*in house* rilevando che “le aggregazioni tra società in house, viceversa, astrattamente sono suscettibili di conservare gli affidamenti, ma v'è da chiedersi sino a che punto ciò possa accadere. L'*in house providing*, per sua natura, possiede una caratteristica di stretta strumentalità con l'ente pubblico di riferimento. Come ci è capitato di commentare in altra occasione, negli ultimi anni s'è assistito ad uno slittamento dei tratti tipici di tale figura verso una maggiore sottolineatura delle sue caratteristiche imprenditoriali. S'è passati dall'affermare l'inesistenza di un'alterità soggettiva dell'organismo *in house* rispetto all'amministrazione d'appartenenza al dichiarare la sottoposizione, pur in presenza del “controllo analogo” e delle deroghe che questo comporta, alle comuni regole societarie. Questa tendenza incontra, tuttavia, dei limiti oggettivi. L'organismo *in house* è pur sempre un'articolazione in forma civilistica della pubblica amministrazione. Esso appartiene al perimetro dello stato e non del mercato”.

²⁷ Per una completa ricostruzione del fenomeno “*in house*” si veda M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività statutaria*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 21 ss. Sul concetto di “discrezionalità organizzativa” come forma di auto-organizzazione si veda D. SORACE, *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, 2021.

²⁸ Sul punto si veda M. GALASSI, *La motivazione degli affidamenti diretti nelle società in house*, in, *Comuni d'Italia, La rivista delle amministrazioni pubbliche*, fasc. 9, 2021, p. 34 e ss.

²⁹ I contributi della dottrina sulla tematica dell'*in house* sono numerosissimi. Volendo citare una bibliografia minima, si veda quella più recente: C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in, www.giustizia-amministrativa.it, 2014; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in, *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 5, 2017, pp. 601-608; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018; M. P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 6, 16 novembre 2018; M. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in, *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 2, 2019, pp. 196-210; C. P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 8, 17 aprile 2019; G. BAROZZI REGGIANI, *In house providing, capitali privati e vincoli per il legislatore*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 23, 18 dicembre 2019.

³⁰ In relazione ai requisiti fondanti l'affidamento diretto, si veda Corte giust. un. eur., causa C-107/98, Teckal, nella quale si afferma che “conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può

Proprio in riferimento a quest'ultimo punto emerge quello che è stato considerato, da certa dottrina, lo snodo centrale dell'affidamento diretto, ovvero l'esigenza di coniugare il principio della concorrenza con quello di autorganizzazione della pubblica amministrazione. *I due principi, infatti, sono ontologicamente autoescludenti: laddove l'affidamento rientri nell'autonomia organizzativa dell'amministrazione non vi è spazio per la competizione; le regole della concorrenza, d'altro canto, mirano alla selezione di un soggetto terzo e, in quanto tale, estraneo al disegno organizzativo della pubblica amministrazione*³¹. In tale ottica, la ricerca di questo equilibrio costituisce, dunque, la ragione principale dell'intervento della quasi totalità della giurisprudenza susseguitasi su tale modalità di affidamento dei servizi.

I requisiti individuati per legittimare la deroga³² al principio della concorrenza, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e contenuti anche nell'art. 5³³ del d.lgs. n.50/2016, sono molteplici. Il primo è costituito dalla partecipazione pubblica, prima totalitaria, ora, successivamente alle direttive 2014/23,24,25 Ue, viene ammessa anche la partecipazione di soci privati che non comporti *controllo o potere di veto* e che non esercitino *un'influenza dominante sulla persona giuridica controllata*. Tale requisito, declinabile come partecipazione "esclusiva" del soggetto pubblico prima delle direttive del 2014, era visto quale elemento intimamente connesso al rispetto della condizione di controllo analogo e per tale motivo, dunque, *"la presenza del capitale privato in una società mista, sebbene a partecipazione pubblica di maggioranza, inevitabilmente soggiaceva ad una logica funzionale al soddisfacimento di interessi diversi da quelli pubblici, il che strideva con gli obiettivi perseguiti tradizionalmente da una P.A."*³⁴

Secondo requisito, come preannunciato, è costituito dal controllo analogo in base al quale l'amministrazione deve essere in grado di esercitare, sulla società affidataria, un controllo uguale a quello esercitato sui propri servizi.

avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano".

³¹ A. F. DI SCIASCIO, *Lo stato dell'arte dell'in house nel prisma della responsabilità amministrativa contabile*, in, *Rivista della Corte dei conti*, fasc. 5, 2019, p. 41 e ss. Sulla coniugazione del principio della concorrenza con quello dell'auto-organizzazione della pubblica amministrazione si veda S. CATSELLANA SOLDANO, *Affidamenti in house e tutela sostanziale della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici*, in, *Urbanistica e appalti*, 2021, p. 441.

³²M. COSSU, *Le società pubbliche*, in, V. DONATIVI, *Trattato delle società*, UTET giuridica, 2022, p. 752. L'Autrice, ricostruendo i rapporti tra *in house* e concorrenza, afferma che "l'*in house providing*, specie di *in house contract* che è stato ricostruito, per la prima volta, nel Libro Bianco Appalti del 1998 quale eccezione alla disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici e forniture (Bruxelles, Comunicazione CE n. 143/1998), con un'impostazione poi confermata nel Libro Verde sul partenariato pubblico privato (Bruxelles, 30/04/2004, 2004, 327 def.), rappresenta in realtà, più esattamente, un'eccezione alle regole di concorrenza nel mercato"; F. VESSIA, *Le società in-house: profili concorrenziali*, in C. IBBA-I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, p. 236 ss.

³³ Sull'analisi dell'articolato quale mero *copy out* dei testi eurounitari si veda C. CONTESSA, *Commento all'articolo 5*, in, C. CONTESSA - D. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2017.

³⁴ G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009, p. 8.

La specificazione di tale elemento risulta, come affermato da autorevole dottrina, dalle pronunce della giurisprudenza eurounitaria, la quale ha più volte ribadito che la pubblica amministrazione *ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice*, bensì sussisterebbe un rapporto di delegazione interorganica³⁵.

La giurisprudenza, dunque, è intervenuta più volte su tale requisito, delineandone i contorni applicativi. Prima delle direttive del 2014, la Corte di giustizia ne ha escluso la sussistenza nelle ipotesi in cui il capitale della società, *potenzialmente "in house"*, fosse partecipato *anche in quota minoritaria da soggetti privati* o nel caso in cui, pur sussistendo una partecipazione pubblica integrale, il consiglio di amministrazione fosse dotato di *rilevanti poteri gestori esercitabili in modo sostanzialmente autonomo*. Ancora, la giurisprudenza ha individuato il sintomo dell'assenza del rispetto del controllo analogo, nella presenza, all'interno dello statuto dell'organismo conferitario, della *possibilità di alienare o cedere a terzi parte del capitale*³⁶.

Sulla attuale consistenza del controllo analogo, l'articolo 5 comma 1 lett. c) del d.lgs. n.50 del 2016 costituisce un punto di svolta nella nuova declinazione di tale requisito, ravvisabile nella sussistenza di *"forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"*. A sancirne l'evoluzione completa sopravviene il seguente comma 2 dell'art.5, il quale statuisce che *"un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (...) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata"*.

³⁵ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in, *Gazzetta Forense*, n. 1, 2014, p. 6. Sull'analisi del requisito del controllo analogo e sulla sua evoluzione si veda anche M. MACCHIA, *Amministrazioni statali ed affidamenti in house*, in, *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2018, p. 286 e ss; M. CASTELLANO, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in, S. FORTUNATO-F. VESSIA, *Le «nuove società» partecipate e in house providing*, in, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017. Sulla concezione "funzionale" del controllo analogo e in particolare sulla relazione sussistente tra quest'ultimo e il controllo pubblico, con la possibilità che il controllo analogo sia contenuto in quello pubblico, si veda C. PECORARO, *Sul controllo...*, cit, p. 121 e ss. Sulle differenze tra il controllo analogo e quello societario, si veda 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, www.ildirittodelleconomia.it, n. 99, 2019, p. 131. L'Autrice afferma come "nell'accingersi ad affrontare le questioni prospettate nel precedente paragrafo, non si può prescindere da un preliminare esame della fattispecie del controllo analogo, il quale, nella versione consolidata presso la giurisprudenza comunitaria e nazionale, si presenta come un "quid pluri" rispetto al mero controllo societario, che si differenzia rispetto ad esso per una maggiore effettività ed incisività dell'influenza esercitata dal socio (pubblico) sulle scelte più rilevanti per la società partecipata (di regola in via totalitaria)".

³⁶ L'analisi dettagliata dei requisiti dell'autoproduzione, precedenti e successivi alle modifiche normative introdotte nel 2014, emerge da C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, La Tribuna, Piacenza, 2020.

Con l'introduzione di queste specifiche normative, inoltre, il Legislatore, come osservato da autorevole dottrina, ha *“chiuso il cerchio” di un dibattito piuttosto vivace relativo al se il controllo analogo dovesse essere inteso come controllo di tipo strutturale sulla società in house, ovvero come controllo sull'attività dalla stessa svolta*³⁷.

Infine, è richiesto lo svolgimento dell'attività prevalente, da parte della società *in house*, in favore della pubblica amministrazione che esercita su di essa il controllo. Quest'ultimo, prima delle direttive del 2014 trasfuse all'interno del nuovo Codice dei contratti, era considerato rispettato solo ove la società destinasse la propria attività in regime di sostanziale esclusività nei riguardi del soggetto conferente e il ricorso ad un eventuale svolgimento di attività in favore di soggetti terzi fosse marginale³⁸.

Con l'introduzione del d.lgs. n.50/2016, il legislatore chiarisce, all'art. 5 comma 1 lett. b), quale sia la portata *“quantitativa”* di tale requisito, stabilendo un preciso limite percentuale per definire l'attività *“minima”* che l'ente controllato deve svolgere a favore della controllante. Nello specifico si stabilisce che, *perché ricorra il requisito dell'attività prevalente, la società controllata deve svolgere oltre l'80% delle proprie attività in esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone controllate dall'amministrazione aggiudicatrice*³⁹.

Volendo passare in rassegna la normativa che ha come oggetto la regolazione dell'affidamento *in house*, al fine di fornire una panoramica completa dell'istituto, si osserva che l'autoproduzione non esaurisce la sua disciplina all'interno del Codice dei contratti, venendo trattata anche nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175⁴⁰. A tal riguardo, se con il Codice il legislatore ha esplicitato i requisiti strutturali per la configurabilità dell'autoproduzione, con il secondo intervento normativo ha dettato le condizioni operative di quest'ultima.

³⁷ C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte, op.cit.*, p. 8.

³⁸ Corte giust. un. eur., cause C-340/04 (Carbotermo), C-371/07 (Commissione c/ Italia).

³⁹ Per un'analisi di tale requisito si veda S. FOÀ - D. GRECO, *In house providing e requisito dell'attività prevalente tra nuove direttive e rinvii pregiudiziali*, in, *Diritto ed economia dell'impresa*, fasc. 2, 2016, p. 469.

⁴⁰ F. SMERCHINICH, *La società in house: tra panorama normativo, giurisprudenza, visione di ANAC e la relazione ex art. 34 comma 20 d.l. n. 179/2012*, in, F. SMERCHINICH, D. ANSELMINI, C. DE MARTINO, *Società in house. L'affidamento nella pratica*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 11 e ss. L'Autore afferma che la positivizzazione dell'istituto dell'*in house* è *“da cercare nel Codice dei contratti pubblici, nel Testo Unico sulle società partecipate e nel Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Il d.lgs.n. 175/2016 contiene la disciplina delle società in cui, salvo deroghe espresse, la pubblica amministrazione detiene una qualche quota di partecipazione e controllo, potendo influire sull'andamento e sulla gestione delle stesse”*.

Il decreto legislativo, intervenendo in generale nel settore delle società pubbliche⁴¹ al fine di provvedere ad una riorganizzazione⁴² delle modalità d'intervento dello Stato in ambito economico⁴³, con una progressiva privatizzazione sostanziale delle società pubbliche⁴⁴, statuisce regole e modalità di comportamento dei soggetti pubblici nella costituzione, mantenimento e gestione delle società di capitali. L'intervento normativo, pur prevedendo una disciplina "generale" delle partecipate pubbliche, prende in considerazione, anche, le società *in house* definite come *società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto* ex art. 2, c. 1, lett. o, mentre la nozione di controllo analogo è definita mediante il rinvio all'art. 5, comma 5 d.lgs. n. 50/2016.

Enunciati i requisiti sostanziali, il Testo unico sulle partecipate, all'art. 4 comma 4, nella sua opera di completamento della disciplina delle società *in house*, si occupa degli aspetti "esecutivi" relativi all'attività di tali soggetti. L'articolato, infatti, vincola l'oggetto sociale all'attività, di rilievo pubblico, che può essere svolta⁴⁵, con il fine di consentire alle amministrazioni pubbliche di assumere partecipazioni in società

⁴¹ Relativamente alla irrilevanza della natura dell'ente che svolge attività di interesse generale in connessione con il fenomeno dell'*in house*, si veda G. CAIA, *Le società in house persone giuridiche private seppure sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in, *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, p. 457.

⁴² Sugli interventi normativi volti a porre rimedio alle inefficienze delle società pubbliche, si veda il contributo di D. CENTRONE, *I piani di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica e la revisione straordinaria*, in, F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, pp. 1027 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza, e questioni interpretative*, relazione al 63° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2017. La tematica è affrontata anche da M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in, *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 1, 1 febbraio 2021, pag. 5. In relazione all'applicabilità del principio di adeguatezza, l'Autore rileva che "sul tema dell'organizzazione delle società in mano pubblica, si deve in primo luogo richiamare il principio di adeguatezza organizzativa, che è correntemente riconosciuto come un principio fondamentale del diritto societario (ma ormai, potrebbe dirsi, del diritto dell'impresa in generale), come tale applicabile anche alle società in mano pubblica in base al richiamo generale dell'art. 1, comma 3, t.u.s.p. Norma, quest'ultima, che ha valenza generale per tutto il sistema delle società in mano pubblica c.d. di diritto comune (comprese le società *in house*), e che forse incontra una parziale eccezione solo per le società pubbliche "di diritto singolare", di cui non ci si occupa in questa sede".

⁴³ La ricostruzione dell'intervento dello Stato nell'economia è affrontato da E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato*, CEDAM, 2020, p. 55. L'Autore afferma che "Al fine di gestire il complesso intreccio di interessi che fanno capo alla collettività, la politica ha sempre dovuto confrontarsi con diversi modelli di intervento nell'economia. Tra questi vengono in considerazione lo statalismo, che postula un penetrante intervento dello Stato nell'economia e nella gestione delle imprese e il liberismo, per il quale l'intervento dello Stato in economia deve essere impedito o comunque limitato al più alla realizzazione delle infrastrutture essenziali. Il contemperamento tra tali modelli ha dato la vita a numerose forme di economia mista, molto vicine all'idea keynesiana, adottate negli anni dalla classe politica per rispondere alle esigenze del proprio tempo".

⁴⁴ Sul tema della prevalente applicazione alle società pubbliche della disciplina privatistica con residuale ricorso a quella pubblicistica si veda A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica verso una public corporate governance?*, in, F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2017, p.74; R. CHIEPPA, *L'impresa pubblica...*, cit., p. 303. L'Autore evidenzia i vari gradi del processo di privatizzazione distinguendo "una privatizzazione in senso formale e una privatizzazione in senso sostanziale. Nel primo caso, l'ente pubblico viene trasformato in s.p.a., ma a cambiare è solo la forma giuridica perché la totalità delle azioni della neo istituita s.p.a. è ancora detenuta dallo Stato. Nel secondo caso, le azioni vengono vendute ai privati, con uscita di scena, totale o parziale, dello Stato azionista. La privatizzazione formale è un primo passaggio verso la privatizzazione sostanziale: la proprietà pubblica, trasformata in proprietà azionaria diviene negoziabile e perciò suscettibile di passare in mano ai privati".

⁴⁵ Si vedano le attività ammesse dall'art. 4 comma 4 d.lgs. n.175/2016. Si tratta della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; della

private e di svolgere attività a vantaggio della *stessa amministrazione e di riflesso della cittadinanza*. Solo in questo caso, infatti, potrebbe essere giustificata la scelta pubblica di spendere risorse erariali e svolgere prestazioni che di fatto vengono sottratte al mercato e alla libera concorrenza⁴⁶.

Nell'ipotesi in cui siano rispettati i requisiti strutturali e operativi stabiliti dal Codice dei contratti e dal Testo unico sulle partecipate, i soggetti *in house* possono ricevere affidamenti diretti secondo quanto ammesso dall'art. 16, d.lgs. 175/2016⁴⁷.

Avendo enunciato, dunque, i requisiti costitutivi dell'*in house* è essenziale, per poter addivenire ad un corretto inquadramento della problematica generata dall'art. 10 del d.l.n.77/2021, rilevare la natura⁴⁸ di

progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 50/2016; della realizzazione e gestione di un'opera pubblica, ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, cc. 1 e 2; dell'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; dei servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016.

⁴⁶ F. SMERCHINICH, *La società in house*., cit., p. 12.

⁴⁷ L'art. 16 del d.lgs.n. 175/2016 statuisce ai commi primo e secondo che “*le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile*”. Il rilievo della portata dell'articolato sotto il profilo del requisito della “destinazione prevalente” dell'attività svolta dal soggetto *in house* “entro limiti più stringenti rispetto al Codice degli appalti” è messo in evidenza da M. CIAN, *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U sulle società a partecipazione pubblica*, in, *Studium Iuris*, 2017, p. 409.

⁴⁸ Sulla natura giuridica di dette società si veda: A. SANTUARI, *Le società "in house": disciplina normativa, natura giuridica e crisi d'impresa*, in, *Corriere giuridico*, fasc. 4, 2018, pp. 531-546. L'Autrice riflette sulla difficile individuazione della configurazione giuridica di tali società. La difficoltà deriverebbe “dalla sovrapposizione, che spesso si trasforma in contrapposizione, tra il profilo soggettivo delle società *in house* e la loro *mission* pubblica. Sotto il profilo soggettivo, infatti, le società *in house* sono riconducibili alle disposizioni del Libro V c.c. Tuttavia, si tratta pur sempre di società cui è affidato un *munus* pubblico, ossia strumentale rispetto alle finalità istituzionali degli enti locali soci/committenti il servizio/i servizi, chiamati ad esercitare un costante e penetrante controllo sull'azione e l'andamento delle società *in house*”. L'ambivalenza di queste società (finalità pubbliche e soggettività giuridica di diritto privato) “implica un doppio regime di responsabilità: accanto alla responsabilità sociale, nelle società *in house*, si registra anche la responsabilità amministrativa per danno all'erario”; M. P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società*., cit. L'Autrice evidenzia la tesi oggi maggioritaria per la quale l'*in house* avrebbe personalità giuridica autonoma. “Questo orientamento sembra oggi rafforzato dalle previsioni del d.lgs. 175/2016, e in particolare dagli articoli 1 e 14. Più precisamente, l'art. 1, comma 3, dispone che per quanto non derogato dal decreto si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel Codice civile e le norme generali di diritto privato. Conseguentemente, anche le società *in house*, rientrando nel genere delle società pubbliche, sarebbero assoggettate al regime privatistico, fatte salve le eccezioni di cui agli articoli 4, 16, e 12, comma 1, che prevede la sottoposizione di dette società alla giurisdizione contabile. Inoltre, l'art. 14 sancisce che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle procedure concorsuali senza contemplare alcuna eccezione per le società *in house* (comma 1) che, quindi, anche da quest'ultima norma sarebbero considerate alla stregua degli altri tipi di società”.

dette società, presentando tale elemento, per le ragioni che verranno successivamente evidenziate, forti legami con la nuova disposizione.

Si nota che, su tale tematica, sono emerse due principali orientamenti, la condivisione dei quali determina precipue conseguenze in termini di disciplina applicabile, con una prevalenza dell'operatività della disciplina pubblicistica, pur con una serie deroghe, o con una sottoposizione ad una regolazione privatistica.

Il primo⁴⁹ ritiene che l'istituto non delineerebbe un soggetto giuridico autonomo, mancando il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione controllante, stante la particolare pregnanza dei poteri gestori a quest'ultima attribuiti. Si verificherebbe una sorta di sdoppiamento patrimoniale senza separazione soggettiva, costituendo l'*in house* una *longa manus* dell'amministrazione e non un soggetto "terzo".

Altra tesi⁵⁰, invece, sostiene che la società *in house* costituisca un modello autonomo anche alla luce del dettato normativo. L'art. 2331 c.c., infatti, sancisce che con l'iscrizione nel registro delle imprese la *società acquista personalità giuridica* e dunque da tale momento emerge la necessità di tutela del terzo che instaura rapporti con tale soggetto.

A sostegno di quest'ultimo orientamento sembrerebbe venire in aiuto il d.lgs.n. 175/2016 il quale, all'art. 14, ha statuito la fallibilità⁵¹ delle società pubbliche in quanto soggetti privati, differentemente dall'ente pubblico per il quale ricorre il principio di non fallibilità *ex art. 1 del r.d. 16 marzo 1942 n. 267*, stante l'essenzialità dello stesso. Diversamente quest'ultimo, in quanto soggetto fallibile, sarebbe potuto venir meno mediante l'applicazione delle regole di diritto comune sulle procedure concorsuali⁵².

Una volta risolta la questione della natura giuridica dell'affidamento diretto, passo successivo è costituito da una breve analisi dei modi in cui il requisito del controllo analogo⁵³ è stato attuato, per poter successivamente affrontare, nel successivo paragrafo, le novità introdotte dall'art. 10 d.l. n. 77 /2021.

⁴⁹ Cass. civ., sez. un., sentenza n. 26283 del 2013; Cons. stato, sez. I, sentenze n. 1389 del 2019, n. 1374 del 2021, nonché sez. III, n. 1385 del 2020; Cons. stato, parere n. 01073/2021; Sulla questione si veda anche G. COLOMBO, *Le società in house: controllo analogo tra interesse pubblico e forma privata*, in, *Società*, 2020.

⁵⁰ Cass. civ., sez. I, sentenza n. 5346 del 2019. In dottrina si veda quanto affermato da R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra le lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in, www.giustizia-amministrativa.it, 2007.

⁵¹ Il confronto delle tesi tipologico-pubblicistica e tipologico-privatistica, relative alla fallibilità delle società pubbliche, è affrontata da S. DELLA ROCCA- F. GRIECO, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, CEDAM, 2022, p. 459 e ss.

⁵² L'analisi della fallibilità dei soggetti pubblici è effettuata da F. FIMMANÒ, *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*, in, www.giustiziacivile.it, 2018, fasc. 1, p. 45.

⁵³ Sulla particolare pregnanza del potere esercitato dal soggetto conferente sull'affidatario, si veda M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti: (soltanto) le società «in house» che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in, *Foro Amministrativo*, fasc. 10, 2014, pag. 2498. L'Autore richiama copiosa giurisprudenza in base alla quale "quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica".

Preliminarmente, si osserva che tale requisito, previsto dall'art. 5 comma 2 primo periodo del d.lgs. n. 50/2016 sopracitato, in base al quale *un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercitano su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica in questione*, è il frutto dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁴.

Partendo da tale dato si nota che, la norma italiana, come evidenziato da attenta dottrina, effettua una trasposizione delle elaborazioni della Corte, non specificando il concetto di “influenza determinante” e lasciando così indefiniti *i presupposti in presenza dei quali il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice possa tradursi in un'ingerenza sull'ente affidatario tale da qualificare quest'ultimo alla stregua di un organo interno dell'amministrazione stessa*⁵⁵.

Proprio in virtù di questa indeterminazione il legislatore, in base ad un'interpretazione estesa del requisito del controllo analogo, ha introdotto varie tipologie d'*in house*, ricognitive dell'elaborazione della giurisprudenza europea.

L'art. 5, comma 2, secondo periodo, infatti, statuisce che il controllo analogo possa essere esercitato anche da una persona giuridica diversa dall'amministrazione aggiudicatrice, controllata allo stesso modo da quest'ultima⁵⁶.

Ricorrono le ipotesi d'*in house* “a cascata”, ove sussiste il controllo analogo anche nell'eventualità di partecipazione pubblica indiretta, in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'ente pubblico di riferimento, ma indirettamente, mediante una società per azioni capogruppo posseduta al 100% dall'ente medesimo.

⁵⁴ Corte giust. un. eur., causa C-458/03, *Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*, 2005.

⁵⁵ G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel decreto legislativo n. 50/2016 tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 6, 24 febbraio 2021.

⁵⁶ La ricognizione delle varie tipologie di *in house* è affrontata nella giurisprudenza, in modo analitico, da Corte dei conti, sez. reg. controllo per il Veneto, 4 novembre 2021, n. 182. In dottrina si veda S. FOÀ - D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 15, 29 luglio 2015; M. ANTONIOLI, *L'in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione « pulviscolare » ed eterodirezione della società*, in, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, 1 ottobre 2020, p. 599 ove l'Autore, rilevando la compresenza di plurime modalità di esercizio congiunto del controllo nell'ambito della società pluripartecipata su cui viene esercitato il controllo analogo, afferma che “tali modalità non soltanto assumono rilevanza sul piano applicativo, ma contribuiscono ad elaborare il modello dell'*in house providing*. Se l'impresa affidataria di un pubblico servizio presta la propria attività per conto di una pluralità di enti pubblici, la configurabilità di una relazione interorganica appare molto debole. Perché la società controllata non è in grado di essere, contemporaneamente, organo di ciascun ente di riferimento. Ciò è più evidente nel caso della partecipazione « pulviscolare », quando plurime amministrazioni sono titolari di partecipazioni quantitativamente modeste o, addirittura, irrisorie. Tale evenienza rende manifesto come il controllo analogo integri una metafora, tale da consentire all'ente pubblico di ricorrere all'autoproduzione senza bandire una gara. Ne deriva come corollario che l'interorganicità della relazione che intercorre tra enti controllanti ed impresa controllata finisce per risolversi in una petizione di principio affetta da priorismo”. Per l'analisi dell'*in house* “orizzontale” si veda G. PESCATORE, *L'inedito modello dell'in house orizzontale*, in, *Il libro dell'anno Treccani del diritto*, Roma, 2015.

L'art. 5, comma 3, prevede, invece, l'*in house* “rovesciato” e l'*in house* c.d. “orizzontale”. Nella prima ipotesi la società *in house* provvede ad attribuire un affidamento diretto ad altro soggetto giuridico sottoposto al controllo della medesima amministrazione. Nell'*in house* “orizzontale”, invece, l'affidamento si concretizza nei confronti di un soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore.

L'art. 5 commi 4,5, invece, prevedono l'*in house* “frazionato” ove il controllo analogo viene esercitato da molteplici amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori. In tale caso la Corte di giustizia ha chiarito che la condizione dell'esercizio del controllo analogo congiunto è *soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta*⁵⁷.

4. Verso un “nuovo” in house?

Giunti a tal punto, avendo provveduto a specificare gli elementi fondamentali costituenti la base giuridica dell'*in house*, è ora opportuno constatare l'entità della novità legislativa introdotta e affrontare il cuore della problematica che essa pone.

A tal fine si fa notare che l'elemento del controllo analogo, pur atteggiandosi in modo diverso in tutte le varie tipologie d'*in house* sopra elencate, rappresenta un presupposto indefettibile della cui presenza, quale elemento giustificativo della deroga all'obbligatorietà della gara pubblica, non può prescindere.

Tuttavia, nonostante tale elemento, insieme con gli altri, costituisca base giuridica consolidata dell'*in house*, si osserva che il legislatore, con il citato art. 10 del d.l.n. 77/2021⁵⁸, ha legittimato le amministrazioni coinvolte nell'attuazione degli investimenti inerenti il PNRR, ad avvalersi del *supporto tecnico operativo di società in house qualificate ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50*.

Attenta dottrina, nell'interpretare la portata della norma, ha rilevato che essa non si limiterebbe a consentire alle amministrazioni di servirsi delle proprie società *in house*, ipotesi già ammessa *ex lege* e dunque una differente interpretazione renderebbe il *novum* legislativo privo di qualsiasi utilità, bensì

⁵⁷ Corte giust. un. eu., cause riunite C-182/11 e C-183/11, *Econord S.p.A contro Comune di Cagno e altri*, 2012. L'*in house* “frazionato” è affrontato in dottrina da C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in, C. CONTESSA – D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015.

⁵⁸ *Cfr.*, Art. 10 (Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici) d.l.n. 77/2021, *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*. L'articolo al comma 1 statuisce che “*per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, le amministrazioni interessate, mediante apposite convenzioni, possono avvalersi del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”. Il comma 3 prevede che “*ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali*”.

consentirebbe alle pubbliche amministrazioni di avvalersi della capacità tecnica di *qualunque società in house*⁵⁹.

Si determinerebbe un affidamento di servizi senza gara, ma in assenza del requisito del controllo analogo come elaborato dalla sentenza *Teckal*, in base al quale l'affidamento è giustificato dalla stretta relazione di delegazione interorganica che lega il soggetto conferente alla società affidataria.

Con questo intervento normativo, dunque, si verrebbe a determinare un possibile “cortocircuito” dell'*in house* come delineato, in origine, dalla giurisprudenza europea, oltre a verificarsi un'espansione dell'operatività dell'affidamento diretto.

Infatti, ammettendosi che sia venuto meno il controllo analogo, si determinerebbe un ampliamento dell'ambito di operatività dell'*in house*, reso evidente dalla stessa rubrica dell'art. 10 “*misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici*”, che sembrerebbe spingere verso forme di *in house* derogatorie del requisito in esame⁶⁰, elemento indefettibile per la non applicazione del principio della concorrenza⁶¹.

Tale conclusione sarebbe essere avvalorata, in base a quanto sostenuto da attenta dottrina, dall'analisi delle ragioni sottese a tale intervento normativo, individuabili nell'esigenza di coniugare una riduzione dei costi con la valorizzazione del bene tempo; *nel bilanciamento tra principi di garanzia e velocità, è possibile constatare che la normativa prodotta in questi tempi propende nettamente a favore della seconda, testimoniando l'alba di nuova funzione dello Stato, quella di promotore e facilitatore della recovery economica del Paese*⁶².

A sostegno di questa lettura, volta a sminuire il ruolo del controllo analogo, si richiama una possibile interpretazione dell'art. 10 comma 3. Il comma, infatti, semplifica l'onere motivazionale di cui all'art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50/2016⁶³, statuendo che *la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo esclusivamente all'oggetto e al valore della prestazione. Viene altresì previsto che la motivazione del provvedimento di*

⁵⁹ C. CONTESSA, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*, in, [giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it), 21 dicembre 2021. Si veda anche A. AVERARDI, *PNRR investimenti e partecipate pubbliche*, in, *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. 3, 2022, p. 298. L'Autore osserva che “la portata innovativa della norma, in realtà, potrebbe essere persino maggiore. Un'interpretazione estensiva del primo comma dell'art. 10 del decreto n. 77/2021, difatti, porterebbe a ritenere possibile che le pubbliche amministrazioni, entro le regole in precedenza ricordate, possano avvalersi dell'ausilio di qualsivoglia società *in house*, incluse quelle su cui l'ente conferente non esercita un controllo analogo”.

⁶⁰ Sulla deroga al principio di concorrenza in sistemi giuridici diversi da quello europeo si veda M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in, *Rivista ODC-Roma*, 20 giugno 2009. L'Autore effettuando un'analisi storico-comparatistica con la disciplina *antitrust* statunitense, osserva le ragioni giustificative poste a fondamento della deroga alle regole *antitrust* in tempi di crisi economica.

⁶¹ C. ADDESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento delle capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, in, [giustizia-amministrativa.it](https://www.giustizia-amministrativa.it), 5 luglio 2022.

⁶² L. D. MARTINO, *L'onere di motivazione negli affidamenti in house*, in, *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in, *Rivista trimestrale di dottrina e giurisprudenza*, Maggioli Editore, fasc. n. 2, 2021.

⁶³ L'art. 192 comma 2 del d.lgs.n.50/2016 prevede che “*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, 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*”.

affidamento debba limitarsi a dare conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip s.p.a. e delle contrali di committenza regionali⁶⁴.

Tale interpretazione si pone in antitesi con quanto statuito dall'art. 192 comma secondo del d.lgs. n. 50/2016 il quale, diversamente, prevede una motivazione rafforzata che l'amministrazione deve fornire in relazione alla maggiore convenienza del ricorso all'affidamento diretto rispetto al mercato⁶⁵.

Quest'ultima norma, dunque, è espressione di una concezione "ristretta"⁶⁶ del ricorso all'affidamento diretto quale modalità di gestione del servizio pubblico, visione che sembrerebbe essere in via di superamento, stante la recente introduzione dell'art.10 che potrebbe aver sancito un importante *revirement* dell'atteggiamento nei confronti di tale istituto.

Volendosi individuare la *ratio* di siffatta lettura "limitativa", essa potrebbe rinvenire una giustificazione, nell'ordinamento interno, nella difficile coabitazione di tale istituto con i principi della tutela della concorrenza, di contenimento della spesa pubblica, di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa. Attenta dottrina ha infatti osservato che *il suo essere percepito come potenzialmente avverso ai menzionati principi, ha fatto sì che il ricorso all'in house providing fosse considerato una pratica "sospetta", da inquadrare in una prospettiva derogatoria ovvero da classificare come eccezionale e, quindi, insuscettibile di trovare attuazione al di fuori degli specifici ambiti consentiti dal quadro normativo interno⁶⁷.*

L'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato, quindi, sarebbe assoggettato, secondo l'originaria interpretazione della giurisprudenza amministrativa⁶⁸, ora messa in discussione, a una *duplice condizione* che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi, con particolare riguardo alle gare di appalto pubbliche e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni e che è stata ritenuta compatibile con il diritto eurounitario dalla Corte di giustizia⁶⁹.

In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta a motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso ad una gara d'appalto. Tale condizione deriverebbe dal carattere ormai secondario e residuale dell'affidamento in

⁶⁴ C. CONTESSA, *Il sistema italiano...*, cit.

⁶⁵ Cfr. Cons. stato, sez. IV, sentenza n. 5351 del 2021, nella quale si afferma che "nell'attuale quadro normativo è imposto all'amministrazione aggiudicatrice che intenda ricorrere all'affidamento diretto un onere motivazionale rafforzato, che consenta un penetrante controllo della scelta effettuata ... anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche". In dottrina, per l'analisi delle condizioni poste dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 si veda S. VALAGUZZA, *Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella sharing economy*, in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 27, 7 ottobre 2020, p. 267 e ss.

⁶⁶ Un maggior *favor* verso forme di affidamento derogatorie del ricorso al mercato è oggetto della riflessione degli autori A. PEZZOLI, A. TONAZZI, *La sfida della normalità. Concorrenza e intervento pubblico nel post Covid. E' possibile andare oltre l'intreccio tra monopolio e assistenzialismo?*, in, *Analisi giuridica dell'economia*, il Mulino, fasc. 2, dicembre 2020, p. 387 e ss. Il contributo riflette sulle deroghe alla concorrenza e all'apertura del mercato giustificate dalla pandemia generata dal *virus* Covid-19.

⁶⁷ C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing?* in, *federalismi.it*, www.federalismi.it, n. 8, 16 aprile 2019.

⁶⁸ Cons. stato, sez.III, ord. n.355 del 2019.

⁶⁹ Corte giust. un. eur., causa C-89/19, *Rieco*, 2020.

house, cui si potrebbe ricorrere solo a condizione di dimostrare, da un lato, un «fallimento del mercato» rilevante a causa di prevedibili mancanze agli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche» e, dall'altro, che l'ente in house supplirebbe a tale carenza. In secondo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe indicare i benefici derivanti dall'affidamento in house, mentre una siffatta dimostrazione non sarebbe necessaria in caso di ricorso ad una gara di appalto.

Procedendo in questa direzione, ovvero quella dell'estensione operativa dell'*in house* determinata dal nuovo intervento legislativo, si nota che tale fenomeno è stato rilevato, *a latere* della questione oggetto di deliberazione, anche dalla delibera n. 9 del 2022 del Collegio per il Controllo concomitante. Organo di controllo, quest'ultimo, istituito presso la Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato della Corte dei Conti, il cui compito prevalente è costituito dall'effettuare un controllo puntuale e dinamico sul corretto impiego delle risorse previste per l'attuazione del PNRR.

Si rammenta che la funzione⁷⁰ del Collegio, "rilanciata" dall'art. 22 del d.l. n. 76 del 2020, (c.d. decreto semplificazioni) era già stata rimessa alla Corte dei conti dall'articolo 11 comma 2 della legge 4 marzo 2009 n. 15, allo scopo di porre anche la Corte al servizio dell'obiettivo strategico di un'immediata ed efficace ripresa dell'economia nazionale, grazie a tempestive attività di controllo delle (principali) misure volte, nell'immediato, a fronteggiare la grave crisi economica legata alla rammentata emergenza sanitaria, per estendersi, a regime, agli interventi destinati a colmare i ritardi e i divari accumulati in diversi importanti settori dal nostro Paese negli ultimi decenni (infrastrutture, ricerca, digitale, ambiente, reti, ecc.).

Il controllo rimesso al Collegio prevede momenti di verifica puntuale dei cronoprogrammi e del raggiungimento degli obiettivi intermedi, in grado di far emergere, già in corso di svolgimento della gestione di ogni singolo intervento sottoposto a verifica, eventuali gravi irregolarità ovvero rilevanti ed ingiustificati ritardi nell'esecuzione, capaci di ridurre o vanificare l'efficacia delle misure assunte e, per l'effetto, pregiudicare la "ripartenza" del Paese.

In concreto, l'obiettivo è cercare di anticipare e precorrere le varie scadenze intermedie (*milestones*) e le devianze gestionali dei progetti (in prospettiva, anche attraverso l'individuazione di indici di anomalia e

⁷⁰ Sulla funzione del controllo concomitante si veda C. CHIAPPINELLI, *Controllo concomitante ed efficienza dell'amministrazione tra disciplina normativa e attuazione*, in, *Rivista amministrativa Vol. CLXXII*, fasc. 1-2, Roma, gennaio-febbraio 2021. L'Autore rileva che tale controllo non può essere qualificato come "nuova categoria normativa", bensì come "specifica coesistente qualificazione funzionale del controllo. Quindi non nuova categoria di controllo bensì valorizzazione di elementi già propri del paradigma generale costituito dal controllo di gestione". Sull'estensione dell'attività di controllo anche al PNRR si veda E. MINNEI, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*, in, *Rivista giuridica di urbanistica*, fasc. 4, 2021, p. 1095; B. MONTINI, *Il ruolo collaborativo della Corte dei conti nell'attuazione del PNRR e la riscoperta del controllo c.d. concomitante*, in, *Comuni d'Italia: rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e tecnica amministrativa*, fasc. 59 n. 6/7/8, pp. 68-77.

di rischio), innescando per tempo eventuali percorsi di autocorrezione da parte delle amministrazioni e ponendosi in tal modo in quella logica, anche predittiva, voluta dal legislatore.

Questo in base a quanto statuito dalla deliberazione del Collegio, n. 1 del 22 febbraio 2022, con la quale è stato approvato il “*Quadro programmatico del controllo concomitante sulle gestioni pubbliche statali in corso di svolgimento per l’anno 2022*”.

Nella delibera n.9 il Collegio condivide l’orientamento giurisprudenziale che qualifica la società *in house* quale soggetto sprovvisto di alterità soggettiva essendo equiparabile ad un ufficio interno dell’ente pubblico che l’ha costituita, sicché non sussiste tra l’ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l’unica a giustificare l’affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione⁷¹.

In particolare, il Collegio, partendo da tale assunto, rileva la portata espansiva dell’istituto dell’*in house*, determinata dall’ art. 10 d.l. n. 77/2021, ove consente a soggetti terzi dall’amministrazione che ha costituito la società *in house* di “*avvalersi*”, in via diretta, delle sue prestazioni.

In tal modo si verrebbe a costituire una sorta di *lex specialis*, derogatoria del regime ordinario di applicazione dell’istituto oggetto di trattazione.

È opportuno rilevare che il carattere “speciale” di tale *novum* legislativo è stato affermato, anche, dal Consiglio di Stato nel parere⁷², sospeso, sulle linee guida ANAC relative agli affidamenti *in house*.

Nel parere emerge la necessità che l’Autorità indipendente, nell’emanazione di linee guida non vincolanti ex art. 213 comma 2 d.lgs n. 50 /2016, effettui una compiuta analisi dell’istituto in commento, prendendo in considerazione sia la portata espansiva dell’art. 10 suddetto, sia l’imminente riforma legislativa del Codice dei contratti pubblici. Per tali ragioni il Consiglio ha sospeso la pronuncia del parere, in attesa di ulteriori approfondimenti istruttori.

Sulla base di quanto fino ad ora osservato, dunque, ci si interroga sia sulla compatibilità dell’affidamento a società *in house* sulle quali il soggetto conferente non eserciti un controllo analogo conforme al modello elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, sia sulla volontà del legislatore di realizzare una modifica generale e non settoriale, limitata a interventi in materia di PNRR, dei requisiti dell’istituto *de quo*. In particolare, si evidenzia che una puntuale riflessione su tali questioni è strettamente connessa con la tematica, inerente la natura della società *in house*, precedentemente affrontata.

⁷¹ Collegio del controllo concomitante, deliberazione n. 9 del 2022, progetto “*Mobilità e Logistica. Elettificazione delle banchine dei porti (cold ironing) - Complementarietà con PNRR, M3C2 – 1.3*”.

⁷² Cfr., Cons. stato, parere n. 01073/2021 ove il Consiglio di Stato, in base all’esigenza di un riassetto della materia dell’*in house providing*, ritiene opportuno tenere conto di due profili; “da un lato, *de iure condito*, l’approvazione delle linee guida deve considerare le implicazioni della *lex specialis*, secondo l’art. 10, d. l. n. 77/21 e del possibile impatto delle nuove prassi sugli effetti attesi dalla legge; dall’altro, *de iure condendo*, deve valutarsi adeguatamente l’opportunità di emanare le linee guida in esame pur nella eventualità di una possibile, prossima modifica del quadro legislativo con la riforma *in itinere* del codice dei contratti o con un altro degli interventi normativi strumentali all’attuazione del PNRR”. In dottrina, si veda il commento al parere di A. PIEROBON, *Il parere sospeso del Consiglio di Stato sullo schema delle Linee guida ANAC relative agli affidamenti in house*, in, www.lagazzettadeglientilocali.it, 18 ottobre 2021.

In assenza di un dato normativo certo o di un'interpretazione autentica della disposizione da parte del legislatore, la possibile soluzione della questione originata dall'intervento legislativo, dunque, potrebbe discendere da un'attenta individuazione della natura giuridica dell'istituto in commento.

Se si condividesse la tesi dell'*in house* quale soggetto sprovvisto di autonomia giuridica, in quanto organo interno della pubblica amministrazione affidante, si porrebbero problemi di compatibilità della disciplina introdotta con l'art. 10 del decreto in commento, non operando il requisito del controllo analogo.

L'amministrazione, infatti, esercitando il suo potere di controllo sulla società affidataria ne dispone direttamente quale sua articolazione interna e si giustifica, con il suo operato, la non applicazione del principio di concorrenza. Diversamente non si individuerebbe un fondamento giuridico che legittimi la disapplicazione di questo principio, con probabile antinomia tra la disciplina italiana e il diritto europeo.

In alternativa, se si accogliesse l'orientamento che riconosce alla società *in house* soggettività giuridica, potrebbe ritenersi maggiormente compatibile con quanto elaborato dalla giurisprudenza eurounitaria, una modifica "speciale" dei requisiti dell'*in house*, circoscritta agli ambiti individuati dal legislatore, senza che l'intero istituto subisca una profonda variazione nei suoi fondamenti giuridici. Tale conclusione sarebbe avvalorata dall'assenza di relazione diretta tra l'amministrazione conferente e la società *in house*.

Conseguentemente, alla luce di quanto esaminato, non potendo individuarsi una relazione interorganica tra i due soggetti, il non rispetto del requisito del controllo analogo in determinati settori (PNRR) potrebbe rientrare nel rapporto regola-eccezione e costituirebbe, in assenza di ulteriori interpretazioni da parte del legislatore, l'unica modalità per ritenere ammissibile una parziale deroga ai requisiti costitutivi dell'affidamento diretto così come elaborati dalla giurisprudenza eurounitaria.

5. Conclusioni

Volendo verificare lo stato dell'arte dell'affidamento diretto in Italia, si è provveduto ad effettuare una disamina dell'istituto in commento in base a una sua ricostruzione sistematica, enunciandosi le principali questioni dibattute in dottrina: natura, elementi costitutivi, ordine di rilevanza e di scelta per l'ordinamento europeo e nazionale. Successivamente ci si è concentrati sulla novità introdotta dal legislatore con l'art. 10 del d.l. 77/2021 e si è tentato di dare una lettura dei requisiti dell'autoproduzione compatibile con gli elementi costitutivi elaborati in sede europea. Si tratta di un'interpretazione che, prendendo spunto da una serie di interrogativi posti da attenta dottrina e in attesa di eventuali chiarimenti del legislatore, tenta di coniugare le intenzioni perseguite dalla legge con la rilevanza europea dello strumento. Tuttavia la questione rimane aperta e gli interrogativi discendenti dal *novum* legislativo, lungi dal poter trovare una loro risposta certa, evidenziano la grande attualità che l'*in house* continua ad avere ancora oggi.