

17 APRILE 2019

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.

di Cosimo Pietro Guarini

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

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.*

di Cosimo Pietro Guarini

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Sommario: 1. L'ordinanza del Tar Liguria, sez. II, 15 novembre 2018, n. 886, e l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138: il perimetro delle questioni. – 2. L'*in house providing*: un lungo percorso tra legislatore, Corte costituzionale e giurisprudenza amministrativa. Cenni di contesto. – 2.1. (*Segue*) Il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e le sentenze della Corte costituzionale n. 24 del 2011 e n. 199 del 2012. Nuove linee interpretative per il bilanciamento tra tutela della concorrenza e autonomia organizzativa delle pp.aa. regionali e locali. – 2.2. (*Segue*) Gli ultimi “aggiustamenti” nazionali prima dell'intervento dell'Unione. – 3. Le direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, il «*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*» e l'*in house* come modulo organizzativo “ordinario”. – 4. Il divieto di *gold plating*, la l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, e i limiti del legislatore delegato. – 4.1. (*Segue*) La via della legittimità costituzionale praticata dal Tar Liguria: alcuni rilievi critici. – 4.2. (*Segue*) La strada del rinvio pregiudiziale interpretativo alla CGUE praticata dal Consiglio di Stato: le premesse per una nuova stagione dell'*in house providing*? – 5. Qualche breve spunto in ordine all'*interferenza* tra giudizi e al rischio di una eterogenesi dei fini.

Abstract: Le presenti note ripercorrono i passaggi salienti dell'evoluzione (interna ed eurounitaria) dell'istituto dell'*in house providing* al fine di evidenziare quanto sfavorevole sia stato l'approccio (legislativo e giurisprudenziale) nazionale al suo utilizzo, prevalentemente collocato in un'area antagonista al principio concorrenziale. La cristallizzazione del «*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*», contemplato dalle direttive UE nn. 23, 24 e 25, sembra, invece, aver suggerito di modificare tale approccio. Ciononostante, il legislatore italiano ha riproposto, nella “nuova” disciplina dei contratti pubblici, condizioni e limiti al ricorso all'*in house providing* (art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016), che paiono perpetuare un regime di sostanziale disfavore nei suoi confronti, alimentando la prospettiva della sua “natura” derogatoria o eccezionale. Tali incongruenze sono state avvertite da alcuni giudici amministrativi che hanno investito della questione sia la Corte costituzionale (il Tar Liguria) che la CGUE (il Consiglio di Stato). Il contenuto delle ordinanze di rinvio e i possibili effetti del sovrapporsi di tali rinvii costituiscono il fulcro della seconda parte di questo contributo.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. L'ordinanza del Tar Liguria, sez. II, 15 novembre 2018, n. 886, e l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138: il perimetro delle questioni

Con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886, il Tar Liguria, sez. II, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), rubricato «Regime speciale degli affidamenti in house» (all'interno del Titolo II «In house»), nella parte in cui, disponendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di dare conto delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» nella motivazione di un provvedimento di affidamento *in house*, introdurrebbe un aggravamento all'esercizio del potere discrezionale delle pp.aa. non riconducibile ad alcuno dei principi o dei criteri direttivi della l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, in tal modo violando indirettamente l'art. 76 Cost. La legge delega, più in particolare, al comma 1, lett. a) dell'art. 1 indica il divieto di *gold plating*, cioè il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246», e al comma 1, lett. eee) del medesimo articolo, riferibile agli affidamenti *in house*, sembra non contemplare criteri o principi idonei a giustificare la presenza nel decreto legislativo del requisito indubbiato, limitandosi a disporre il rispetto della «garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione (...)».

Di poco successiva è l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, che, pur muovendosi, di massima, all'interno dello stesso solco esegetico percorso dal Tar Liguria, non ha rinvenuto dubbi di ordine costituzionale interno nel rapporto tra legge delega e decreto legislativo, ma ha investito la CGUE della questione con rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (sulla *interferenza* tra i due rinvii ci si soffermerà più diffusamente *infra* par. 5). In questo caso le riserve sulla normativa interna sono scaturite dal suo raffronto con le prescrizioni eurounitarie e sono state estese anche all'obbligo delle stazioni appaltanti di dare conto nella motivazione di cui sopra dei «benefici della collettività per la forma di gestione prescelta» (*in house*) così ampliando l'oggetto dell'indagine, non solo in senso materiale, con riferimento cioè agli specifici enunciati normativi, ma anche in senso sostanziale, avendo cioè riguardo all'intero impianto della legge delegata, laddove impone all'autonomia di scelta delle pp.aa. condizioni ulteriori rispetto a quelle strettamente rinvenibili nelle direttive UE nn. 23 e 24 del 2014 e nel più generale quadro normativo europeo di riferimento.

La premessa comune da cui muovono sia i sospetti di incostituzionalità del Tar Liguria sia i dubbi interpretativi del Consiglio di Stato è che, alla luce del dettato dell'art. 192, co. 2, del d.lgs. 50/2016, il legislatore nazionale abbia inteso, una volta di più, disciplinare l'*in house providing* quale istituto eccezionale,

con ciò implicando che le relative regole debbano essere interpretate in maniera rigorosa e restrittiva e che la scelta del ricorso all'autoproduzione debba necessariamente seguire l'impossibilità, congruamente motivata, di utilizzare all'uopo procedure di evidenza pubblica ovvero società miste che, comunque, presuppongono la gara per la scelta del socio privato¹.

È il caso di dire, sin da subito, che quest'ultima impostazione sembrerebbe, oramai, superata alla luce degli ultimi interventi normativi europei e dei più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

In attesa delle determinazioni al riguardo della Corte costituzionale e della CGUE, la vicenda offre, allora, lo spunto per alcune riflessioni sul precipitato interno della codificazione eurolunitaria delle regole che escludono l'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica agli affidamenti *in house* ove ricorrano le tre condizioni indicate nell'art. 12 della dir. UE n. 2014/24², poi riprese dall'art. 5, co. 1, del Codice dei contratti pubblici³.

2. L'*in house providing*: un lungo percorso tra legislatore, Corte costituzionale e giurisprudenza amministrativa. Cenni di contesto

È a tutti noto quanto il percorso evolutivo dell'*in house providing* sia stato tormentato, altalenante, nebuloso, schizofrenico⁴, ecc.; tracciato, negli ultimi venti anni, prevalentemente in via giurisdizionale e, in grande misura, in un ordinamento diverso da quello nazionale⁵.

¹ In tal senso già Consiglio di Stato, Ad. plenaria, decisione 3 marzo 2008, n. 1, che definisce la differenza tra società *in house* e società miste a partecipazione pubblica maggioritaria: la prima agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione «*dal punto di vista sostantivo*», in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa; la seconda, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone, invece, la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovano convergenza. Analoga la decisione della Corte di giustizia UE, sentenza 17 luglio 2008, "Comune di Mantova", C-371/05, di poco successiva. Sul punto cfr. già R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 179 ss. e C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale: un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e appalti*, 2008, pp. 1401 ss.

² Ad esso fanno da *pendant* gli identici artt. 17 della direttiva UE 2014/23 e 28 della direttiva UE 2014/25.

³ Esse, come noto, sono: *a)* che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; *b)* che oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate da quest'ultima; *c)* che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

⁴ In dottrina v., per es., più recentemente, 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 *GiustAmm - Riv. dir. amm.*, www.giustamm.it, 2014, n. 4; ID., *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, *ivi*, n. 12.

⁵ Si riportano di seguito alcune delle più rilevanti decisioni della CGUE in tema di *in house*: *Teckal*, 18 novembre 1999, C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03; *Coname*, 21 luglio 2005, C-231/03; *Parking Brixen*, 13 ottobre

In realtà, gli elementi fondamentali che connotano la fattispecie *de qua*, lì dove si sono innanzitutto radicati, e cioè nello spazio giuridico europeo⁶, sono stati enucleati, seppur progressivamente e *case by case*⁷, con sufficiente chiarezza. Ciononostante, la loro trasposizione in ambito interno ha prodotto questioni a lungo irrisolte in ordine alla compatibilità sistemica dell'istituto con i principi di tutela della concorrenza⁸, di contenimento della spesa pubblica, di sussidiarietà orizzontale⁹ nonché di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa. 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 eccezionale¹⁰ e, quindi, insuscettibile di trovare attuazione al di fuori degli specifici ambiti consentiti dal quadro normativo interno, prevalentemente improntato a definirne i divieti, ma sofferente, a sua volta,

2005, C-458/05; *Mödling*, 10 novembre 2005, C-29/04; *ANAV*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04; *ASEMFO*, 19 aprile 2007, C-295/05; *Termoraggi*, 10 aprile 2008, C-323/07; *Comune di Mantova*, 17 luglio 2008, C-371/05; *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07; *SEA*, 10.09.2009, C-573/07; *Acoset*, 15.10.2009, C-196/08; *Econord*, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo*, 8 maggio 2014, C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, 19 giugno 2014, C-574/12; *Comune di Sulmona*, 8 dicembre 2016, C-553/15. Ad opinione di G.F. FERRARI, *La Corte di Giustizia chiude senza novità l'era Teckal*, in *DPCE on line*, www.dpceonline.it, 2017, n. 2, pp. 347 ss., con tale ultima sentenza è possibile ritenere concluso il percorso evolutivo in via giurisprudenziale dell'istituto *de quo*.

⁵ In realtà, prima che fosse la CGUE a specificarne il significato, era stato il Libro Bianco sugli Appalti pubblici nell'UE dell'11 marzo 1998 a menzionare la formula *in house providing* ed era stata la Commissione ad utilizzare la locuzione di «appalto *in house*» per indicare gli appalti «*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*» (Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, «*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*»). Cfr. G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in *le Regioni*, 2009, pp. 651 ss., pp. 653 s.

⁶ Per un dettagliato elenco dei presupposti e dei requisiti definiti dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti *in house* v., tra gli altri, L. GENINATTI SATÈ, *Questioni interpretative e problemi aperti nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2014, n. 3, pp. 9 ss. Per un'analisi ragionata delle principali pronunce della CGUE in argomento v. G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 4 settembre 2012, e M.P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. sp. 6.

⁷ E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, pp. 131 ss., nt. 31, giudica la giurisprudenza comunitaria in materia «necessariamente ondivaga e frammentaria».

⁸ Cfr. A. GIUSTI, *Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione*, in *Nuove autonomie*, 2017, pp. 57 ss.

⁹ Cfr., sotto questo profilo, in senso critico già A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 5009 ss. Più recentemente sulla questione v. M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2013, n. 21, spec. pp. 15 ss.

¹⁰ Non stupisce, dunque, che la suprema magistratura amministrativa (cfr., ad es., le decisioni del Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, e 25 novembre 2008, n. 5781) avesse messo in dubbio «la possibilità di considerare la società *in house* come modello generale di organizzazione dovendosi ammettere la possibilità per una p.a. di ricorrere a tale figura solo in presenza di precise disposizioni legislative autorizzatrici in tal senso» (così G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, cit., p. 662).

di un eccesso di “dinamismo”, spesso ondivago e incoerente¹¹, che ha inciso, di riflesso, anche sulla omogeneità e sulla prevedibilità degli arresti della giurisprudenza interna, amministrativa e costituzionale¹².

Il radicamento dell'*in house* nell'ordinamento interno – riconducibile all'approvazione dell'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, che modificava l'art. 113, co. 4, lett. a) del T.U. degli enti locali, con «un'apparentemente inspiegabile retromarcia rispetto a quanto affermato nel 2001»¹³ – ha, poi, a lungo sofferto delle criticità rinvenienti dal suo strutturale conflitto con le complessive tendenze dell'agire pubblico nell'economia attraverso moduli di diritto privato e della “convinta” apertura al mercato¹⁴. È sì vero che in passato il ricorso all'*in house providing* è stato interpretato talvolta (forse, sin troppo spesso) dalle pp.aa. regionali e locali come un meccanismo utile all'aggiramento dei divieti di privativa¹⁵ e al superamento del “paradosso competitivo” innescato dalla trasformazione delle aziende speciali in s.p.a.¹⁶; e tuttavia sembra che la sua connotazione quale *extrema ratio* sia stata, in definitiva, il risultato di una impostazione assiologica che ha visto il sistematico prevalere del principio concorrenziale su istanze di rango equivalente secondo una logica di bilanciamento presupposto che non è apparsa rispettosa né dei canoni ermeneutici della dottrina del *balancing test*, né dell'*imprinting* fortemente sociale e interventista del dettato costituzionale repubblicano. Diversamente detto, il principio

¹¹ Con riferimento alla sequenza «di riforme legislative “à la carte et sur la carte” di questi due ultimi lustri (...), che hanno finito per elidersi a vicenda, il cui esito finale è stato lo stop di qualsiasi ipotesi di razionalizzazione sistematica» v. G. DI GASPARÉ, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 30 maggio 2012, p. 1, anche in ID., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, cap. VIII, secondo il quale, inoltre, «la rapida sequenza delle modifiche legislative ha impedito di fatto che alcuna potesse effettivamente attecchire». Per una dettagliata rassegna dei provvedimenti legislativi che si sono freneticamente susseguiti nella materia *de qua* v. P. ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 23 febbraio 2018.

¹² Cfr., più recentemente, M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in AA.VV., *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, pp. 228 ss.

¹³ Così C. IANNELLO, *I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato. Riflessioni circa il rapporto tra le recenti riforme in materia di servizi pubblici locali e l'ordinamento europeo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2011, n. 1, pp. 99 ss., p. 117. Limiti alla gestione diretta dei servizi pubblici locali – disciplinata dall'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali») – erano stati introdotti nell'ordinamento nazionale dall'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (c.d. «Legge finanziaria 2002»).

¹⁴ Sulla questione v. le condivisibili annotazioni critiche di D. MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate tra principio di concorrenza e buon andamento della Pubblica Amministrazione: il caso delle società strumentali*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2016, n. 1, pp. 151 ss., e di G. BUCCI, *L'«acqua-bene comune» e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2017, pp. 167 ss., spec. pp. 184 ss.

¹⁵ S. PIGNATARO, *La disciplina delle partecipazioni pubbliche di cui al T.U. n. 175 del 2016: aspetti di novità, dubbi di costituzionalità e problemi interpretativi sul concetto di “stretta necessità” e sulle ipotesi di deroga al diritto comune*, in *Nomos*, www.nomos-leattualitàneldiritto.it, 2018, n. 2, pp. 20 ss.

¹⁶ Sul punto cfr., efficacemente, C. IANNELLO, *I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato*, cit., pp. 129 s.

concorrenziale ha assunto le sembianze di un *habitus* pandemico capace di incidere in misura significativa sulla natura discrezionale che connota l'attività di scelta delle pp.aa. (particolarmente di quelle regionali) e di minarne l'autonomia organizzativa¹⁷ con una pervasività di tale portata da dissimulare un pregiudizio valutativo di carattere generale, non giustificabile sulla sola base di (pur frequenti e ripetute) degenerazioni nell'uso di alcune forme dell'agire pubblico¹⁸.

Tale approccio è stato largamente enfatizzato dalle misure legislative nazionali che hanno interessato l'istituto in questione aggravando la possibilità del legittimo ricorso all'*in house* con una serie di requisiti ulteriori rispetto a quelli, di volta in volta, delineati dalla giurisprudenza comunitaria¹⁹.

In realtà, il più restrittivo regime legislativo interno²⁰ si era palesato, innanzitutto, con riguardo alle società di autoproduzione di beni e servizi cc.dd. strumentali – che costituiscono supporto delle funzioni amministrative di titolarità degli enti pubblici regionali e locali – imponendo loro di «operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti» (ex art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, c.d. decreto Bersani-Visco, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248 e ss.mm.ii., rubricato «Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza»)²¹, sempre e solo se preordinate allo svolgimento di attività «strettamente necessarie» al perseguimento delle finalità istituzionali delle pp.aa. partecipanti (ex art. 3, co. 27,

¹⁷ Cfr. M. CAMMELLI, *Legislature, giudici e società in mano pubblica: buone intenzioni, incerti strumenti, modesti risultati*, in *le Regioni*, 2009, pp. 1071 ss., p. 1082, secondo il quale «la titolarità del potere organizzativo è da sempre, ma ancor più oggi, uno degli elementi chiave dell'autonomia riconosciuta a regioni e enti territoriali. Non si tratta solo del riparto della materia tra riserva al centro per l'organizzazione statale e degli enti pubblici (art. 117.2. lettera g) e criterio residuale (comma 4) in favore della regione e dei sistemi locali, o di un corollario dell'autonomia politico-amministrativa ma del fatto che la piena autodeterminazione su questo terreno è il necessario presupposto per l'applicazione in concreto dei principi di sussidiarietà e di differenziazione. L'una e l'altra, infatti, sono del tutto impraticabili senza la possibilità di articolare i propri apparati e i propri moduli organizzativi in funzione del contesto socio economico e dei soggetti che vi operano, del reticolo istituzionale sovra e sottostante, della morfologia del territorio ecc. In breve, del passaggio dalla astratta titolarità al concreto esercizio delle proprie funzioni».

¹⁸ Per un giudizio molto critico sulla diffusione incontrollata e sull'utilizzo "smodato" di società strumentali da parte di regioni ed enti locali v. L. LANZILLOTTA, *Due soluzioni per le Spa di Regioni e Comuni*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 luglio 2014. Per un'ampia analisi dell'evoluzione normativa in tema di società pubbliche partecipate, sullo sfondo dell'obiettivo di moralizzazione dell'agire pubblico amministrativo del legislatore nazionale, v. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in Cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 24 settembre 2012. Più in generale, sulla questione etica nell'agire pubblico v. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

¹⁹ Cfr. C. VOLPE, *La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in *Urb. e appalti*, 2010, pp. 43 ss.

²⁰ Cfr. S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, pp. 275 ss.

²¹ Per alcune critiche alla *ratio* della disciplina, all'utilizzo dello strumento del decreto legge e alle possibili distorsioni interpretative della versione originaria del decreto v., ex multis, L. CASSETTI, *Ancora liberalizzazioni per decreto-legge: l'urgenza (politica) di provvedere e la "gradualità" dell'attuazione delle riforme*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2007, n. 3; B. CARAVITA, *E' veramente pro-concorrenziale l'art. 13 del Decreto Bersani?*, *ivi*, 2007, n. 9; A. VIGNERI, *Tutela della concorrenza e organizzazione amministrativa. Sulle recenti iniziative del Governo (art. 13 e 15 del d.l. n. 223/2006 e d.d.l. AS 772 recante Delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali)*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 2006, n. 34.

della l. 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. «*Legge finanziaria 2008*»²². Siffatti interventi erano apparsi necessari in ragione della diffusa tendenza ad utilizzare indiscriminatamente il modello dell'autoproduzione per acquisire utilità di tipo economico concretamente vocate ad essere disponibili sul mercato – in definitiva, non riconducibili *prima facie* all'ambito di applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE (da leggersi anche in rapporto all'art. 1 del *Protocollo n. 26* allegato al Trattato di Lisbona sui “*Servizi di interesse economico generale*”) – nonché a ricorrere a società *in house* per l'approvvigionamento di pp.aa. diverse da quelle partecipanti (in tutto o in parte), collocandosi sul mercato in condizioni di notevole (*rectius*: distorsivo) vantaggio competitivo²³.

Il radicarsi, poi, della chiara distinzione tra servizi strumentali e servizi pubblici locali²⁴, ha fatto sì che il disfavore verso l'*in house providing* assumesse più ampi contorni di sistema (a partire dall'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, e ss.mm.ii.)²⁵, si estendesse anche ai servizi pubblici economici rivolti alla collettività e fosse condiviso dalla Consulta la cui giurisprudenza è stata seguita, a sua volta, senza incrinature significative anche dalla suprema magistratura amministrativa.

Così, prima con la sentenza n. 326 del 2008, quindi con le sentenze nn. 439 del 2008, 148 del 2009 e, soprattutto, 325 del 2010²⁶, la Corte costituzionale, in estrema sintesi, aveva: a) rimesso al legislatore

²² Disposizione oggetto di autorevoli critiche. Cfr. A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 889 ss., pp. 894 ss.; M. CAMELLI, *Legislature, giudici e società in mano pubblica*, cit.

²³ Sul dibattito dottrinale seguito ai problemi applicativi della normativa summenzionata v., tra gli altri, ampiamente D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, 2008.

²⁴ Già rilevata *in nuce* da Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 dicembre 2006, n. 7369, è stata cristallizzata a livello giurisprudenziale da Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 12 giugno 2009, n. 3766, secondo cui «*Possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali*». Di qui anche la qualifica di società “strumentale” in ragione dell'oggetto dell'attività svolta, se cioè «*rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo, per lo svolgimento delle funzioni pubbliche di cui restano titolari gli enti serviti*» (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plenaria, sentenza 4 agosto 2011, n. 17). In dottrina, tra i primi sul punto, A. TRAVI, *Utenza di beni pubblici ed utenza di servizi pubblici: un confine in continua evoluzione*, in *Urb. e appalti*, 2001, pp. 1107 ss.; S. MISTICHELLI, *Servizi alla collettività e servizi all'amministrazione: il criterio del destinatario per qualificare il pubblico servizio*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2003, pp. 424 ss. Più recentemente, sulle nozioni di servizi e società strumentali v. C. IAIONE, *Le società in house per i servizi strumentali. Riflessioni sull'art. 13 del Bersani*, in *Astrid*, www.astrid-online.it, 2010, n. 14; U. PATRONI GRIFFI, *Note a margine del nuovo assetto regolamentare dei servizi pubblici locali e strumentali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 493 ss.; G. TACCOGNA, *Spending review e società finanziarie regionali*, in federalismi.it, www.federalismi.it, 2012, n. 20; D. MONE, *Affidamenti in house providing a società pubbliche partecipate*, cit.; G. SCIULLO, *A proposito di società pubbliche strumentali*, in *Riflessioni di diritto amministrativo*, www.ridiam.it, 9 gennaio 2017; C.P. GUARINI, *L'in house per la produzione di beni e servizi strumentali alla prova del tempo*, in E. TOMA (a cura di), *Economia, istituzioni, etica e territorio. Casi di studio ed esperienze a confronto*, Milano, 2018, pp. 189 ss.

²⁵ Tra i primi, a commento della disciplina contenuta nell'art. 23-*bis*, v. R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e appalti*, 2008, pp. 1109 ss.; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, pp. 1219 ss.

²⁶ Commentata, tra gli altri, da P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4654 ss. Paradigmatici dell'orientamento della Corte costituzionale in quel preciso momento storico sono alcuni passaggi del *Considerato in diritto* che vanno ben oltre

nazionale il bilanciamento tra la tutela del principio concorrenziale e quella dell'autonomia organizzativa delle pp.aa. regionali e locali, essendo «il terreno di scontro» dei due principi molto ampio; *b)* escluso che la normativa comunitaria incidesse in via diretta sulla discrezionalità delle pp.aa., limitandosi a definire paletti minimi inderogabili a tutela del principio concorrenziale; *c)* rimarcato che anche in questo ambito tale tutela potesse essere validamente assicurata con misure di natura pro-concorrenziale; *d)* precisato, però, che la discrezionalità del legislatore nazionale non potesse spingersi sino ad eliminare del tutto la possibilità del ricorso da parte degli enti pubblici a moduli in deroga all'evidenza pubblica quando questi fossero funzionali al migliore esperimento della «*specific mission*» loro assegnata; *e)* chiarito che tale ultima valutazione dovesse essere fatta sulla base di parametri oggettivi, non senza aver prima escluso la possibilità dell'apertura di un mercato «*secondo un giudizio di concreta realizzabilità*».

2.1. (Segue) Il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 e le sentenze della Corte costituzionale n. 24 del 2011 e n. 199 del 2012. Nuove linee interpretative per il bilanciamento tra tutela della concorrenza e autonomia organizzativa delle pp.aa. regionali e locali

I primi segnali di cambiamento rispetto a un siffatto approccio si sono potuti cogliere a seguito del referendum abrogativo non solo della parte dell'art. 154, co. 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice

l'ambito materiale interessato dal giudizio (cfr. A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4645 ss., p. 4645, secondo il quale la sentenza in commento costituisce un contributo rilevantissimo «alla fondazione di una disciplina sempre più emergente ed incidente nell'ambito giuridico-economico, ovvero del diritto pubblico europeo dell'economia»). Con particolare riferimento alle ipotesi di affidamento *in house*, la Consulta rimarcò che esse «*debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'in house configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo*». Nondimeno, se «*la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle suddette tre condizioni*», viceversa, il legislatore nazionale, può introdurre condizioni ulteriori anche ove esse si risolvano in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola dell'affidamento mediante gara pubblica. Pertanto, a fronte di una normativa, quella comunitaria, che «*costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*», il Giudice delle leggi rilevò l'«*innegabile esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato*» (Considerato in diritto, § 6). Tale margine, tuttavia, non doveva impedire «*del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua "speciale missione" pubblica*», ma trovare, «*tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame*» (Considerato in diritto, § 8.1.2). Peraltro, quando l'ente pubblico si fosse orientato per affidare un servizio avrebbe dovuto «*necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione al riguardo*» (Considerato in diritto, § 9.1). Per un'articolata critica alle argomentazioni della Corte costituzionale v., E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., pp. 145 ss. Per un recente approfondimento della giurisprudenza costituzionale nella materia *de qua* v. A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Il governo e la gestione dei servizi pubblici locali nella giurisprudenza costituzionale*, in F. FIMMANO', A. CATRICALA' (a cura di), *Le società pubbliche*, Tomo Uno, Napoli, 2017, pp. 113 ss.

dell'ambiente) in cui si faceva riferimento al criterio dell'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito» per i servizi di gestione ed erogazione dell'acqua, bensì anche della disciplina generale contenuta nell'art. 23-*bis*, suscettibile di essere applicata a tutti i servizi pubblici locali, incluso quello idrico²⁷.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2011, all'atto di ammettere il *referendum* sull'art. 23-*bis*, si espresse con estrema chiarezza: la consultazione popolare non doveva potersi ritenere limitata al solo servizio idrico, ma aveva come obiettivo complessivo la rimozione di una disciplina diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole comunitarie, «le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»²⁸. La Consulta, pertanto, aveva preannunciato, senza possibilità di fraintendimento alcuno, quale dovesse essere il “verso” di una (eventuale) successiva disciplina nel caso in cui il corpo elettorale si fosse espresso favorevolmente all'abrogazione della normativa sottoposta a *referendum*. In altri termini, il rispetto del volere popolare non avrebbe potuto consentire la riproposizione di restrizioni “tutte italiane” «rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie» che incidessero, oltre tale limite, sulle ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, sulla gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Come noto, l'esito referendario fu favorevole all'abrogazione delle disposizioni in oggetto e comportò l'effetto di fare venir meno le limitazioni aggiuntive contenute nell'art. 23-*bis* rispetto a quanto imposto dal diritto dell'Unione. Ciononostante, poiché la contesa referendaria era stata (politicamente e mediaticamente) incentrata sulla questione di escludere l'applicazione della disciplina *de qua* al servizio idrico, il legislatore nazionale ritenne di non violare l'esito referendario con l'adozione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 – rubricato “ipocritamente”²⁹ «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea» – il cui art. 4, pur escludendo il ripristino dell'assetto normativo abrogato per il servizio idrico, reintroduceva una disciplina

²⁷ Sulla vicenda la dottrina è davvero sterminata. Si rinvia, *ex plurimis*, più di recente, ai numerosi contributi raccolti in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, cit., e ivi ulteriori richiami alla letteratura di contesto.

²⁸ Così il *Considerato in diritto*, § 5.2. V. in proposito le osservazioni di A. LUCARELLI, *Il servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 288 ss., e di S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2011, n. 5.

²⁹ Di rubrica «ipocrita» parla A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2012, n. 18, p. 2.

generale ispirata alla medesima *ratio* di quella che permeava il 23-bis³⁰, tornando a marginalizzare l'*in house*³¹. Non solo. L'art. 25 del (di poco successivo) d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. *Cresci Italia*), convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, aveva perfino aggravato la situazione in termini d'incompatibilità con l'esito referendario³².

Non vi era chi non constatasse che la disciplina dell'*in house providing* successiva all'abrogazione referendaria fosse in violazione tanto delle competenze legislative delle regioni quanto dell'esito referendario³³. Non sorprese, dunque, la sua pronta impugnazione innanzi alla Corte costituzionale che ebbe modo, così, di tornare a riflettere su quanto sancito poco tempo prima alla luce di un quadro significativamente mutato. Tuttavia, la Consulta, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, si limitò all'analisi della compatibilità costituzionale della nuova disciplina rispetto all'art. 75 Cost. al fine di verificare se essa potesse dirsi in violazione sostanziale del divieto di ripristino da parte del legislatore nazionale della normativa abrogata con *referendum*³⁴ e giunse (per la prima volta) a sanzionare l'illegittimità costituzionale di disposizioni successive alla tornata referendaria, contrarie al "verso" dell'esito della stessa, per violazione, giustappunto, dell'art. 75 Cost.³⁵. Evitò, così, di entrare nel merito delle censure proposte dalle regioni ricorrenti, non senza, però, aver rimarcato che «*le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano la drastica*

³⁰ P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia*, cit., p. 13, ricorda che l'evocazione «imbarazzante» dell'impianto normativo abrogato prevedeva, comunque, norme di minor rigore almeno nella parte in cui (art. 4, co. 13) veniva fissata «una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui) al di sopra della quale la gara era obbligatoria, mentre al di sotto la gara era possibile, ma non necessaria».

³¹ In senso critico v., già nell'imminenza della conversione del d.l. n. 138 del 2011, P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2011; S. STAIANO, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2011, n. 16. A parziale scusante del tratteggio mancato rispetto dell'esito referendario va annoverata la negativa congiuntura economica globale del momento, estremamente sfavorevole all'Italia, che obbligò i governi Berlusconi, prima, e Monti, dopo, ad adottare una serie di misure, inclusa quella *de qua*, volte al risanamento dei conti pubblici nazionali (in questa prospettiva, cfr. l'analisi di G. MAZZANTINI, *La regolazione pro-concorrenziale del Governo Monti alla prova della Corte costituzionale: una triplice convergenza?*, *Riv. it. antitrust*, 2014, pp. 180 ss.).

³² Cfr. M. RUOTOLO, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, www.constituzionalismo.it, 2012, fasc. 2.

³³ «Che si trattasse di un maldestro e strumentale tentativo di sovvertire quanto deciso in sede referendaria da milioni di cittadini, è stato immediatamente segnalato dalla maggioranza degli osservatori e poco vi è da aggiungere» (così M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 26 settembre 2012, p. 2).

³⁴ Sulle precedenti pronunce della Corte costituzionale in tal senso v., riepilogativamente, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, *Studi e Commenti*, 8 dicembre 2012, e ivi ulteriore bibliografia di contesto.

³⁵ Sulla portata del divieto di ripristino sancito dalla Consulta v., fra gli altri, R. DICKMAN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199)*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2012, n. 23.

riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»³⁶.

2.2. (Segue) Gli ultimi “aggiustamenti” nazionali prima dell’intervento dell’Unione

La successione degli eventi appena illustrata aveva, dunque, determinato l’assenza nell’ordinamento interno di norme generali relative alla disciplina dell’affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica³⁷. Una questione apparve, tuttavia, più delicata di altre e cioè la sorte dell’obbligo di motivazione della scelta di operare con la procedura derogatoria che era previsto nella disciplina precedente. Più in generale, benché un siffatto obbligo dovesse ritenersi presupposto dal rispetto del principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa (cristallizzato anche nell’art. 3 della l. 241/1990), il Governo preferì editare una disposizione espressa che imponeva alle pp.aa. di indicare le ragioni della scelta dell’*in house* e la sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per tale forma di affidamento, definendo i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale (art. 34, co. 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221), senza richiamare ulteriori requisiti in chiave pro-concorrenziale³⁸.

Su altro, contiguo versante, nelle more del deposito della sentenza da ultimo citata, il Governo, probabilmente avendo motivo di temere l’esito di un giudizio i cui effetti avrebbero potuto estendersi in via interpretativa anche all’affidamento (*in house*) di servizi strumentali e, quindi, di incorrere nel medesimo vizio dell’art. 4 della l. 14 settembre 2011, n. 148, adottò il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 135, recante «*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*» (c.d. *Spending review*), il cui art. 4 conteneva norme in tema di «*Riduzione di spesa, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*» che, ancora una volta, incidevano significativamente sull’autonomia organizzativa delle pp.aa.

Sebbene il campo di applicazione delle disposizioni *de quibus* fosse limitato alle sole società strumentali³⁹ e per quanto l’attenzione fosse incentrata sull’individuazione di quelle destinatarie dell’obbligo di privatizzazione o scioglimento – imponendo un necessario contemperamento con l’art. 13 del c.d.

³⁶ Così il *Considerato in diritto*, § 5.2.1.

³⁷ Sulla questioni intertemporali che all’epoca si posero v. V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 7 maggio 2012.

³⁸ Cfr. P. ROSSI, *Le “nuove” società in house nella riforma Madia*, cit., pp. 17 s.

³⁹ Tale delimitazione, ad opinione della Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 2013, n. 229, si ricava “in negativo” dai commi 3 e 13 dell’art. 4 (cfr. *Considerato in diritto*, § 9.1).

decreto Bersani-Visco e ss.mm.ii.⁴⁰ – per ciò che qui maggiormente rileva, la dettagliata disciplina sembrava violare: a) la competenza legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa della regione e degli enti pubblici regionali e in materia di servizi pubblici locali; b) l'autonomia regolamentare e delle competenze amministrative degli enti locali; c) l'autonomia amministrativa e finanziaria regionale; d) la competenza legislativa regionale concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica, nonché e) il principio di leale collaborazione, non recando meri principi di coordinamento della finanza pubblica, ma disposizioni dettagliate ed autoapplicative⁴¹.

In disparte la questione se anche la normativa *de qua* fosse in violazione dell'esito referendario del giugno 2012⁴², i dubbi d'incostituzionalità della legge diedero la stura a numerosi ricorsi da parte delle regioni. La Corte costituzionale, pertanto, non molto tempo dopo la pronuncia del 2012 in cui, modificando il proprio orientamento (particolarmente quello della sentenza n. 325 del 2010), aveva lasciato intendere il formarsi di un nuovo *acquis* nazionale in tema di ricorso all'*in house*, si ritrovò a dover esaminare una normativa che, in controtendenza con la volontà referendaria, inaspriva nuovamente il regime delle scelte delle pp.aa. regionali e locali.

Con la sentenza 23 luglio 2013, n. 229, il Giudice delle leggi accolse una parte dei vizi dedotti palesando, però, un parziale *revirement*, già anticipato, per certi versi, dai contenuti della sentenza 20 marzo 2013, n. 46⁴³. In altri termini, nel bilanciamento tra tutela della concorrenza e autonomia organizzativa delle pp.aa. (particolarmente di quelle regionali), una volta di più, non le apparve irragionevole la compressione del secondo principio al fine di evitare distorsioni tra operatori privati e operatori pubblici. Ciò che, invece, non resse agli occhi della Consulta furono le modalità concrete con le quali il legislatore aveva perseguito tale obiettivo⁴⁴. E, tuttavia, pur ritenendo fondate alcune censure d'illegittimità, salvò l'intera disciplina

⁴⁰ Sulle distonie tra tale disciplina e quella contenuta nel c.d. decreto Bersani-Visco v. F. FRANCARIO, *Le società a partecipazione pubblica strumentali dopo la c.d. "Spending review" (alla luce della sentenza della Corte cost. n. 229/2013)*, in *Il Corr. del merito*, 2013, n. 10, pp. 933 ss.

⁴¹ Per completezza, v'è da sottolineare che il legislatore, con l'art. 1, co. 148, della l. 24 dicembre 2012, n. 228 («*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*», c.d. *Legge di stabilità 2013*), aveva modificato l'impugnato co. 10 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, aggiungendo, al testo già vigente, il seguente periodo: «*Le medesime società applicano le disposizioni di cui all'articolo 7, commi 6 e 6-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi*».

⁴² Vizio che la Consulta ha escluso, in maniera, a dire il vero, alquanto insoddisfacente (persino apodittica), in un breve passaggio della sua sentenza (cfr. *Considerato in diritto*, § 9.1).

⁴³ Commentata da D. IMMORDINO, *Incentivi agli enti virtuosi, assoggettamento delle società in house al patto di stabilità ed apertura del mercato dei servizi pubblici alle regole concorrenziali*, in *le Regioni*, [2013, pp. 785 ss.](#)

⁴⁴ E ciò «*in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi di società in house*», se non in quelle rare ipotesi cui si è già fatto cenno – soggette comunque alla valutazione dell'AGCM – «*o negli ancora più ridotti casi nei quali siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole (vincolante) del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi*» (cfr. il *Considerato in diritto*, § 9.1). Ugualmente censurate furono le modalità disposte per il contenimento della spesa pubblica, lesive della

con riferimento ai servizi strumentali di ambito locale ricordando di avere già affermato che spetta al legislatore statale disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, co. 2, lettera p), Cost.)⁴⁵. Analogamente, fece “salvo” nei confronti delle regioni il co. 7 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012 in quanto, disponendo che le pp.aa. «acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo», obbediva alla dichiarata finalità «di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori sul territorio nazionale», sicché andava ricondotto alla materia della «tutela della concorrenza» di competenza esclusiva del legislatore statale⁴⁶. In realtà, questa disposizione non è stata intesa incidere sulla discrezionalità delle regioni di scegliere se internalizzare o meno la produzione di beni o servizi strumentali mediante società *in house* – diversamente avrebbe seguito la stessa sorte occorsa ai co. 1 e 8 – bensì, come opportunamente precisato nella sentenza (*Considerato in diritto*, § 10.5), solo sul percorso da seguire una volta deciso di acquisirli «da soggetti operanti sul mercato, ivi comprese società pubbliche che svolgono attività d'impresa», con obbligo di seguire le regole dell'evidenza pubblica.

Questa interpretazione, peraltro, non fu univocamente condivisa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in più di un'occasione (sez. III, sentenze 7 maggio 2015, n. 2291, e 17 dicembre 2015, n. 5732), ha continuato a collocare l'*in house* in un ambito derogatorio ed eccezionale, benché, nel frattempo, fossero, state già adottate le direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, dalle quali, come si vedrà, pare emergere una diversa prospettiva, irrigidendosi sull'impossibilità che, quand'anche *self executing*, esse potessero produrre effetti nell'ordinamento interno prima dello spirare del termine previsto per il loro recepimento⁴⁷.

competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (cfr. il *Considerato in diritto*, § 10.1).

⁴⁵ Cfr. il *Considerato in diritto*, § 10.2.

⁴⁶ Cfr. il *Considerato in diritto*, § 10.5.

⁴⁷ Analogamente Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 7 maggio 2015, n. 2291, e sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660. Sulla questione v. M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, cit., pp. 229 ss. e S FOA', D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti all'applicazione conforme*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2015, n. 15, spec. pp. 12 ss. Diversamente, invece, Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, secondo cui: «Non vi è dubbio quindi che nel caso in esame, se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo “self-executing”, non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'UE» (§ 7 del *Considerato*). Si ricorda che, per autorevole dottrina, con riferimento ad un «atto “direttivo” (in senso ampio)» dell'UE, «già prima dello spirare del termine previsto per la trasposizione dell'atto stesso in ambito interno, possono discendere effetti di vario genere, che sollecitano comportamenti, attuosì e non, da parte degli Stati in conformità al principio di “leale cooperazione”» (cfr. A. RUGGERI, *Effetti diretti di norme eurolunitarie e Costituzione*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, n. 2, p. 6); e che, al fine di garantire il c.d. effetto utile, non mancano precedenti in cui la CGUE abbia riconosciuto al giudice nazionale il potere di disapplicare il diritto interno in contrasto con una direttiva il cui termine di recepimento non sia ancora scaduto (cfr. 22 novembre 2005, *Malgod*, C-144/04) o in cui il giudice europeo abbia richiamato i giudici nazionali ad evitare di assumere decisioni interpretando il diritto interno in modo da rischiare di compromettere,

Ad ogni modo, alla luce degli interventi della Consulta, il legislatore, con il co. 562 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 («*Legge di stabilità 2014*»), procedette, dapprima, ad abrogare i commi 1, 2, 3, 3-*sexies*, 9, 10 e 11 dell'art. 4 e i commi da 1 a 7 dell'art. 9 della l. n. 135 del 2012, al fine di rimuovere alcune delle disparità che si erano determinate nell'ordinamento interno tra enti locali e regioni; in un secondo momento, approvò la l. 2 maggio 2014, n. 68, di conversione del d.l. 6 marzo 2014, n. 16, con cui modificò la l. n. 147 del 2013 introducendovi l'art. 568-*bis* che, in ottemperanza ai principi sanciti dalla Corte costituzionale, facoltizzò ma non obbligò l'alienazione o lo scioglimento delle società *de quibus*, indicando linee attuative valide per tutti gli enti pubblici, così risolvendo la questione, rimasta in sospeso, relativa alla sorte di quelle società per le quali erano già state avviate le procedure di scioglimento o di alienazione disposte dai previgenti commi 1 e segg. della l. n. 135 del 2012.

3. Le direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, il «*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*» e l'*in house* come modulo organizzativo “ordinario”

Il quadro caotico che si è, sin qui, solo rapidamente sunteggiato ha condotto, dopo tre lustri di sperimentazioni e aggiustamenti normativi e giurisprudenziali, ad una ricomposizione organica dell'intero contesto che appare idonea a superare una parte dei dubbi irrisolti e degli orientamenti contrastanti in tema di *in house*. Tra gli snodi che possono ritenersi cruciali in tal senso vi sono senz'altro le direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014.

La finalità dell'intervento eurounitario è quella di rendere più omogenea possibile la disciplina dell'agire delle autorità pubbliche con strumenti di natura privatistica ed è ben esplicitata nel considerando § 31 della dir. 2014/24, a tenore del quale: «*Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.*

In fondo, le divergenze normative in seno alle legislazioni degli Stati membri sono a lungo dipese dal “verso” dell'interpretazione da dare all'art. 106, par. 2, TFUE e dalle sue concrete ricadute. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, come detto, il mancato ricorso al mercato per la gestione dei servizi di interesse economico generale è stato ritenuto un'eccezione alle regole della concorrenza, sottintendendo che la «*specifica missione*» affidata «*alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale*» dovesse essere svolta attraverso il mercato o, meglio, *innanzitutto* attraverso il

dopo la scadenza del termine, l'obiettivo che la direttiva impone agli Stati membri (cfr. 4 luglio 2006, *Adeneler*, C-212/04) (v. A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, pp. 121 s.).

mercato, salvo i casi in cui ciò fosse evidentemente di ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico. Tale indirizzo interpretativo si era radicato nell'ordinamento interno sebbene la CGUE, già nel 2005, avesse affermato che «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»⁴⁸.

Le direttive in oggetto si pongono in linea con questa giurisprudenza eurounitaria e rammentano che «nessuna disposizione obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva» (direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, considerando § 5), restituendo al par. 2 dell'art. 106 TFUE, in combinato disposto con l'art. 345 dello stesso TFUE, la natura intrinseca di regola co-esistente, semmai, con quella del ricorso al mercato. Questo aspetto è stato efficacemente colto da quella dottrina secondo la quale «all'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni. L'*in house* diviene linea di confine»⁴⁹. In altri termini, è come se il regolatore europeo del 2014 abbia suggerito agli interpreti nazionali di non perseverare nel leggere il «*nei limiti in cui*» del par. 2 dell'art. 106 TFUE come se si tratti di un «*salvo che*», ma, piuttosto, quasi che equivalga ad un «*e*», lasciando, dunque, alle pp.aa. operanti facoltà di scelta tra modalità di gestione alternative da esercitare in relazione all'obiettivo concreto da perseguire⁵⁰.

Nello stesso tempo, coerentemente, viene rimarcato il rilievo eurounitario del principio di auto-organizzazione o, meglio, di «*libera amministrazione*» di tutte le pp.aa. degli Stati membri, espressamente sancito nell'art. 2 della dir. 2014/23 secondo cui «*le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente*

⁴⁸ E che, a certe condizioni, «non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice» (cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, §§ 48 e 49, e, poi, con analoghi contenuti, anche 13 novembre 2008, causa C-347/07, *Coditel*, e Grande Sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione CE c. Governo della Germania Federale*). Per riflessioni critiche in ordine all'interpretazione prevalente prima dell'emanazione delle direttive *de quibus* v. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo e destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2011, n. 8; R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 24 febbraio 2012.

⁴⁹ C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, Relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi dal titolo «*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*», Varenna, 17-19 settembre 2015, in www.iannas.it, p. 5. Analogamente R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.R. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Napoli, 2014, pp. 23 ss., secondo il quale la gestione *in house* non è una deroga al principio concorrenziale ma un'ipotesi di non soggezione allo stesso.

⁵⁰ In tal senso, *ex aliis*, più di recente, A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2016, n. 21, spec. pp. 15 ss., e G. BUCCI, *L'«acqua-bene comune» e la gestione dei servizi idrici integrati tra pubblico, privato e democrazia*, cit., p. 174.

organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi (...). E, ancor più rilevante, a corollario, viene inequivocabilmente espresso l'assunto secondo cui le pp.aa. «possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni» da leggersi anche alla luce dei considerati che riconoscono e riaffermano «il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi (...)» (direttive UE nn. 23 e 24, considerando § 5).

Siffatta impostazione, da cui «deriva la tendenziale collocazione dell'*in house providing* tra le modalità di organizzazione di un servizio anziché tra gli strumenti di scelta del contraente»⁵¹, sembra divenuta prevalente anche negli arresti della giurisprudenza amministrativa più recente⁵² che ha posto nuova enfasi sulla differenza tra *outsourcing* e autoproduzione, con quest'ultima che, nella sostanza, «segna una delicata linea di confine» rispetto alla quale «non sussistono esigenze di concorrenza» e, dunque, di applicazione della normativa di trasposizione delle direttive appalti e concessioni⁵³.

A tale impostazione sembrano aderire pienamente anche il Tar Liguria, sez. II, e Il Consiglio di Stato, sez. V, nelle loro ordinanze di rinvio.

4. Il divieto di *gold plating*, la l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, e i limiti del legislatore delegato

La questione in oggetto si muove, dunque, all'interno dell'esistenza di margini di flessibilità del legislatore nazionale all'atto del recepimento delle direttive menzionate al fine di garantire il principio concorrenziale. E le perplessità dei giudici *a quibus* riguardano proprio l'ampiezza di siffatto spazio regolamentativo. Sotto tale profilo, uno sguardo attento alla l. delega 28 gennaio 2016, n. 11, mette, innanzitutto, in risalto un certo scarto tra quanto indicato nei principi e criteri direttivi e quanto disposto nelle direttive UE in questione. È stato osservato, difatti, dal Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016 reso sullo schema di decreto del Codice dei contratti pubblici, che, «dopo aver posto i principi di semplificazione, flessibilità,

⁵¹ Così F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine dell'ordinanza di rimessione alla CGUE dell'art. 192 del Codice contratti*, in *LexItalia.it*, www.lexitalia.it, 16 gennaio 2019, p. 3. Sulla questione già, tra gli altri, M. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, n. 3-4, pp. 555 ss.

⁵² Cfr., tra gli altri, Tar Lombardia, sez. II Brescia, sentenza 17 maggio 2016, n. 690; ID., sez. I, ordinanza 12 luglio 2018, n. 269; Tar Liguria, sez. II, sentenza 8 febbraio 2016, n. 120; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 marzo 2016, n. 1034; ID., sentenza 18 luglio 2017, n. 3554; ID., sez. III, sentenza 24 ottobre 2017, n. 4902.

⁵³ Così Consiglio di Stato, sez. I, parere 8 novembre 2018, n. 2583, conforme a ID., parere 20 giugno 2018, n. 1645.

recepimento dei livelli minimi di regolazione, la legge delega opera essa stessa alcune deroghe al divieto di gold plating, introducendo alcuni principi direttivi improntati a maggior rigore»⁵⁴. Tale scarto, però, per i giudici di Palazzo Spada, in linea generale, non dà adito a dubbi di legittimità costituzionale o eurounitaria, muovendosi l'impianto del legislatore delegante con equilibrio⁵⁵ all'interno delle disposizioni sovranazionali che lasciano una certa flessibilità nel recepimento e, in ogni caso, ben potendo la stessa delega disporre «un temperamento a tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli», tra i quali «una tutela rafforzata della concorrenza», senza che ciò costituisca di per sé «una contraddittorietà intrinseca nella delega, con un primato di una parte di essa sull'altra, dovendosi invece dare delle varie disposizioni una interpretazione armonica e sistematica»⁵⁶. D'altro canto, si afferma ancora nel citato parere del Consiglio di Stato, il divieto di gold plating «va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

Ciò non toglie, tuttavia, che l'indicazione, tra i principi e i criteri direttivi della legge delega, di oneri e condizioni ulteriori rispetto a quelli previsti nelle direttive europee per il legittimo ricorso all'*in house* sia, in ogni caso, una pratica decisamente sconsigliata dall'UE, benché non “illegale”⁵⁷; vieppiù, appare paradossale che il “certosino” richiamo al divieto di *over-implementation* indirizzato nei confronti del legislatore delegato sia, invece, più volte contraddetto proprio da diverse disposizioni rinvenibili nella legge delega.

Certo, sebbene il divieto di gold plating sia rivolto a tutta la “filiera” della produzione normativa di recepimento degli Stati membri (il c.d. *life-cycle approach*)⁵⁸, per un verso, esso lascia a questi ultimi spazio più o meno ampio di discrezionalità (*rectius*: margine di apprezzamento) nella scelta di eventuali “scostamenti” rispetto ai minimi regolativi dell'Unione; per altro verso, si presenta ancora alquanto “fumoso” sotto il profilo della capacità di imporsi in punto di effettività nello spazio giuridico europeo⁵⁹.

⁵⁴ Così Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 10.

⁵⁵ Equilibrio «tra spinte ordoliberaliste e esigenza di assicurare un corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche italiane, non ancora munite di tutti gli anticorpi necessari per gestire gli appalti in una logica di amministrazione moderna, discrezionale e responsabile» (così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2016, pp. 503 ss.).

⁵⁶ Così Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 15.

⁵⁷ Cfr. P. MANTINI, *Divieto di gold plating e semplificazione nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, www.osservatorioappalti.unitn.it, 2015, p. 8. [Per una ricognizione critica dei documenti comunitari in cui vengono progressivamente delineate le coordinate del divieto di gold plating v. E. OJETTI, Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo](#), in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 21 marzo 2016.

⁵⁸ Cfr. E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating*, cit., p. 3.

⁵⁹ Cfr. N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, pp. 828 ss., p. 830.

Innanzitutto, sono comunque da ritenersi giustificabili inasprimenti dettati dal perseguimento della tutela di interessi pubblici riferibili alle specifiche realtà nazionali⁶⁰, purché rispondenti al più generale principio di proporzionalità⁶¹ e/o all’approccio «*comply or explain*»⁶²; in secondo luogo, all’interno di questi inasprimenti, bisognerebbe distinguere tra quelli “passivi” e quelli “attivi”, a seconda, cioè, che siano già previsti o meno da una disciplina nazionale anteriore all’intervento normativo europeo, dovendosi giudicare i primi, di regola, meno severamente dei secondi⁶³; infine, non è affatto detto che una *over-implementation* normativa determini effetti opposti a quelli che il divieto di *gold plating* si prefigge, dovendosi, piuttosto, procedere ad una verifica in concreto per coglierne l’effettivo impatto in termini di alterazione del *level playing field* eurounitario⁶⁴.

Tutto questo, come ben si comprende, rende difficile che la violazione del divieto suddetto appaia così palese e grave da giustificare, sul versante eurounitario, l’avvio di una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro, essendo molto più frequente, invece, che eccessi normativi nel recepimento delle direttive dell’UE segnino l’instaurarsi di relazioni, per lo più informali, di *checking-list* tra regolatori (europei e nazionali) per migliorare l’omogeneità della regolazione nello spazio giuridico europeo⁶⁵.

Quanto al versante interno, bisogna considerare, invece, che le disposizioni contemplate da leggi delega non sono, in linea di massima, immediatamente produttive di effetti e che, in generale, neppure le disposizioni e i *considerata* delle direttive, una volta recepiti, sono suscettibili di produrre effetti diretti, quand’anche la loro natura appaia *self executing*⁶⁶, sicché eventuali censure di illegittimità interna o di incompatibilità comunitaria hanno quasi sempre ad oggetto il prodotto del legislatore delegato. La

⁶⁰ P. MANTINI, *Divieto di gold plating*, p. 8.

⁶¹ Lo rimarca D. SICLARI, *Gold plating e nuovi principi di vigilanza regolamentare sui mercati finanziari*, in *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 11 ottobre 2007, pp. 16 ss.

⁶² Cfr. ancora P. MANTINI, *Divieto di gold plating*, cit., p. 9.

⁶³ Cfr. ancora E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating*, cit., pp. 5 s. Vi è, peraltro, da precisare che, nel caso di specie, l’art. 1, lett. a), non fa distinzione tra aggravamenti “passivi” o “attivi”, giacché prevede tanto il divieto di «*introduzione*» quanto quello di «*mantenimento*» dei «*livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*».

⁶⁴ Cfr. D. SICLARI, *Gold plating*, cit., pp. 9 ss.

⁶⁵ Cfr. Commissione europea, GRUPPO AD ALTO LIVELLO SUGLI ONERI AMMINISTRATIVI, «*L’Europa può fare meglio*». *Relazione sulle buone pratiche degli Stati membri per l’attuazione della normativa UE con il minor onere amministrativo*, Varsavia, 15 novembre 2011.

⁶⁶ Richiama l’attenzione sulla differenza tra efficacia diretta ed applicazione diretta A. RUGGERI, *Effetti diretti di norme eurounitarie e Costituzione*, cit. pp. 5 s., secondo il quale «l’applicabilità, diversamente dalla efficacia che è attribuito in primo luogo degli atti e secondariamente (e di riflesso) delle loro norme, è dunque qualità esclusiva di queste ultime, con la conseguenza che uno stesso atto può essere immediatamente applicabile solo in parte, in alcune sue norme e non pure per altre, come pure per tutte o, all’opposto, per nessuna». Da ultimo, ricorda la differenza tra *diretta applicabilità*, quale predicato della fonte, ed *effetto diretto*, quale carattere della norma, anche G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra le Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. 24, p. 6, nt. 21.

condizione di quest'ultimo nei confronti del divieto dei «*livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive*», nel caso di specie, appare diversa rispetto a quella del delegante, tenuto com'è al rispetto tanto dei contenuti della legge delega quanto di quelli delle direttive UE, cui, in sostanza, dà attuazione. Come statuito dalla Corte costituzionale, infatti, i principi che queste ultime esprimono «si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto, potendo autonomamente giustificare l'intervento del legislatore delegato»⁶⁷. Ciò non toglie che esso goda, a sua volta, di un qualche margine di discrezionalità⁶⁸, da valutare con riferimento al caso concreto, nella misura in cui preveda «norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte del legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo»⁶⁹. Per quanto ampio, tuttavia, si voglia ritenere il potere di “riempimento” del legislatore delegato, esso «non può mai assurgere a principio o a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega»⁷⁰.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 855/2016, ha rilevato che l'art. 1, *lett. a*), della legge delega, nel porre il divieto di *gold plating*, ha richiamato i co. 24-*ter* e *quater* dell'art. 14, l. n. 246/2005 (a questa aggiunti dall'art. 14, co. 2, della l. n. 183/2010), e che il richiamo al co. 24-*quater*, giustappunto, lascia spazio, in sede di recepimento delle direttive, alla possibilità di (limitate) deroghe al divieto di introdurre una regolamentazione più severa, purché nell'AIR si motivino le «*circostanze eccezionali*» che conducono a tale scelta. Nel caso di specie, però, sebbene l'AIR concluda che «*fermo restando il rispetto di tutti i criteri di delega, l'intervento normativo non introduce livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive*» (p. 63), sembra difficile sostenere che le condizioni aggiuntive di cui al co. 2 dell'art. 192 siano state adeguatamente motivate in qualcuno dei documenti allegati al Codice dei contratti pubblici.

Più nel dettaglio, la Relazione illustrativa e la Relazione tecnica si limitano a riproporre *tout court* l'enunciato normativo di cui al co. 2 dell'art. 192 e l'Analisi tecnico-normativa si limita a ricordare acriticamente che «*viene stabilito, inoltre, che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e*

⁶⁷ Così già Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2005, *Considerato in diritto*, § 2.3. Più di recente, in senso conforme, v. le sentenze n. 134 del 2013, *Considerato in diritto*, § 6.3; n. 210 del 2015, *Considerato in diritto*, § 5.3; n. 50 del 2016, *Considerato in diritto*, § 5.1.

⁶⁸ «*Al legislatore delegato spettano poi margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la ratio e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo*» (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 250 del 2016, *Considerato in diritto*, § 5.1, conforme alle sentenze, tra le più recenti, n. 98 del 2015 e nn. 59 e 146 del 2016).

⁶⁹ Lo ricorda, di recente, G. MARCETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, 2016, p. 283, cui si rinvia per un approfondimento della tematica e per ulteriori pertinenti richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

⁷⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 293 del 2010, *Considerato in diritto*, § 8.5, cui *adde* Corte costituzionale, sentenza n. 250 del 2016, *Considerato in diritto*, § 5.1.

forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità» (p. 6). L'AIR, dal canto suo, non fa specifico riferimento alla necessità degli aggravamenti suddetti, salvo che non si voglia ritenere allo scopo sufficiente l'inserimento, tra le «Principali criticità», della generica osservazione del «ricorso eccessivo e ingiustificato all'in house» (p. 27). Una giustificazione adeguata non si evince neppure dal riferimento alla consultazione dell'AGCM (riportata nella Sezione 6 – «Incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese») che segnala, in tema di affidamenti in house, solo «l'esigenza che in sede di attuazione del provvedimento non sia generalizzata la possibilità di partecipazione dei privati alle società in house (...)» (p. 62). Decisivo appare, inoltre, il fatto che, tra le sotto-opzioni contemplate nella Sezione 4 («Opzioni alternative all'intervento regolatorio»), pur facendo la lett. b) riferimento alle «disposizioni di attuazione dei criteri di delega ulteriori rispetto al mero recepimento delle Direttive», nessuna di queste (sostanzialmente riassunte nella tabella 27) contempli gli aggravamenti di cui si discorre (p. 51).

In assenza, dunque, delle suddette motivazioni eccezionali e circostanziate, le restrizioni alla libertà di scelta delle pp.aa. di cui al co. 2 dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016 (le «ragioni del mancato ricorso al mercato» e i «benefici della collettività per la forma di gestione prescelta») appaiono prestare il fianco a rilievi di difformità rispetto ai considerati delle direttive appalti e contratti; e, ove pure le si ritenga estranee al perimetro normativo oggettivamente delineato dai principi e dai criteri direttivi della legge delega, suscitano dubbi di eccesso di delega. Non sembra controvertibile, infatti, che subordinare il ricorso all'in house alla previa verifica del fallimento del mercato nel settore in cui la p.a. si accinge ad operare, nonché, cumulativamente o anche solo alternativamente, degli specifici vantaggi della comunità di utenti interessati dall'azione amministrativa, costituisca compressione della discrezionalità della p.a. interessata, tornando a rendere residuale ogni sua valutazione in ordine al provvedere in autoproduzione ai bisogni della collettività di riferimento e al perseguimento delle proprie finalità istituzionali. In pratica, si tratterebbe di un (tanto inatteso quanto) repentino ritorno al passato.

Né si può sottostimare la reale portata dell'impatto, in termini di aggravio dell'agire pubblico, dei requisiti aggiuntivi di cui si discorre, confinandoli nell'area di un più rassicurante «onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche»⁷¹, dal momento che un siffatto onere presuppone necessariamente una serie di attività prodromiche, funzionali al risultato di poter documentare in motivazione, senza incorrere in vizi, la scelta di aver (legittimamente) escluso il ricorso al mercato, a beneficio della collettività.

⁷¹ Così Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 188.

Un'ultima notazione riguarda il rilievo secondo cui l'introduzione di ulteriori limitazioni alla scelta dell'*in house* potrebbe tornare utile a contenere la diffusione del fenomeno corruttivo. A tal proposito, l'AIR richiama la *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, COM (2014) 38 *final*, che, nell'allegato dedicato alla situazione italiana, rileva: «*in Italia la corruzione risulterebbe particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi*» (p. 14). Ciò, però, evidentemente, non può costituire giustificazione logico-sistematica alla riduzione pregiudiziale degli affidamenti diretti *in house*, in quanto sposta, semmai, la necessità di attenzione dalla fase della scelta a quella dello svolgimento e, quindi, dei controlli.

4.1. (Segue) La via della legittimità costituzionale praticata dal Tar Liguria: alcuni rilievi critici

Tanto acquisito, il rilievo che il Tar Liguria pone a fondamento dell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale appare *prima facie* tutt'altro che implausibile.

Il giudice amministrativo, però, ancorché sospetti la violazione indiretta dell'art. 76 Cost., in punto di non manifesta infondatezza, si dilunga sulle ragioni che, «*quantomeno in ambito europeo*», possono far ritenere «*definitivamente acquisito il principio che l'in house providing non configura affatto ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un giudizio di mera opportunità e convenienza economica*».

Il marcato convincimento in ordine a tale impostazione, rinvenibile anche in altri passaggi dell'ordinanza, innanzitutto, rinsalda il fronte di quella giurisprudenza amministrativa orientata a riequilibrare il peso del principio di auto-organizzazione delle pp.aa. rispetto a quello della tutela della concorrenza. Equilibrio che, tra l'altro, ad opinione del Tar Liguria, è già raggiunto all'interno del nostro ordinamento alla luce del dettato del già citato art. 34, co. 20, del d.l. 179 del 2012, convertito in l. 221 del 2012, che, in tema di scelta della forma di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, come si è detto, non contiene «*alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato*», diversamente, quindi, da quanto disposto dal (successivo) co. 2 dell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici per gli affidamenti *in house*. Certo, non è l'unica antinomia rinvenibile nel quadro di riforma dell'intero settore che, per inciso, manca di quell'ultimo e fondamentale tassello, e cioè del d.lgs. di riordino dei servizi pubblici di interesse economico generale, pure previsto dalla l. delega n. 124 del 2016 (c.d. Madia), «che avrebbe senz'altro contribuito a razionalizzare un tessuto normativo estremamente frammentario (...), fornendo all'interprete un quadro più nitido dell'intera materia»⁷².

⁷² R. MICCU', M. FRANCAVIGLIA, *Società pubbliche e servizi di interesse economico generale: il caso del servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. 10, p. 2. Come noto, pur pronto per essere emanato, il d.lgs. in

L'ampio ed esaustivo richiamo al quadro eurounitario, in secondo luogo, è funzionale a rafforzare il profilo della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta e risponde alle finalità di soddisfare al meglio la necessità di contestualizzare il contenuto della delega, che «non può essere individuato senza tenere conto del sistema normativo nel quale essa si inserisce»⁷³, e di provocare un'eventuale verifica del giudice costituzionale in merito al rispetto della presupposta normativa eurounitaria da parte del legislatore delegato.

Rimane, però, più di una perplessità sull'*iter* logico seguito dal giudice *a quo* che suscita qualche dubbio circa la probabilità di un esito favorevole del rinvio.

Si è detto che le riserve poste dal Tar Liguria attengono ai rapporti interni tra legge delega e decreto legislativo, nella misura in cui il requisito della valutazione delle «ragioni del mancato ricorso al mercato» non sarebbe ricavabile in alcun modo dall'art. 1, *lett. eee*) e, quindi, conseguenzialmente, sarebbe anche in violazione del criterio di cui alla *lett. a*), ossia del «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive». Ora, se la paventata violazione dell'art. 1, *lett. a*) della legge delega impone senz'altro una valutazione di quanto disposto dal co. 2 dell'art. 192 alla luce dei «criteri» o dei «principi» contenuti nelle direttive UE, per giungere a definire se la disposizione indubbiata costituisca propriamente un livello di regolazione superiore a quello minimo richiesto dalle direttive, il raffronto con la normativa europea non è, invece, richiesto per verificare se la *lett. eee*) dello stesso art. 1 contenga enunciati (*rectius*: criteri) riferibili alla necessità che il provvedimento di affidamento *in house* contempli anche «le ragioni del mancato ricorso al mercato». Il Tar Liguria esclude categoricamente che all'uopo sia utile il riferimento alla «valutazione della congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione», rinvenibile nella *lett. eee*), in quanto esso atterrebbe «alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti», come evincibile dall'art. 97, co. 1, del Codice dei contratti pubblici, che, tuttavia, il legislatore delegato colloca in un contesto diverso, ossia quello delle «offerte anormalmente più basse».

Questo passaggio avrebbe meritato, forse, qualche argomentazione più stringente. Assoggettare, infatti, gli enti che fanno ricorso all'*in house*, cui la *lett. eee*) indubitabilmente si riferisce, all'obbligo della «valutazione della congruità economica delle offerte» sembrerebbe proprio significare, all'opposto, che, una volta acquisite le «offerte» sul mercato e valutata la non «congruità» delle stesse rispetto all'oggetto e al valore della prestazione, l'ente pubblico opti, infine, per l'affidamento *in house* dando conto, quindi, nel provvedimento *ad hoc* delle «ragioni del mancato ricorso al mercato».

questione ha arrestato il proprio percorso a causa della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 che ha dichiarato illegittimo, tra gli altri, l'art. 18 della l. delega «nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata».

⁷³ Cfr. G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., p. 287.

È possibile che ciò sia stato funzionale a limitare il parametro del rinvio di costituzionalità al solo art. 76 Cost. Una interpretazione quale quella qui proposta avrebbe, invero, potuto spostare i dubbi di legittimità pure sul citato criterio contenuto nella legge delega che, così interpretato, sarebbe risultato anch'esso potenzialmente in conflitto con le direttive UE. Né, per ciò solo, il giudice *a quo* avrebbe dovuto necessariamente sanzionare il provvedimento amministrativo privo delle «ragioni del mancato ricorso al mercato», come richiesto dal co. 2 dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 conforme al criterio della *lett. eee)* della legge delega. Come, infatti, statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 28 del 2010, «l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.»⁷⁴.

Il Tar Liguria, invece, non ha ritenuto di accedere a questo schema e non ha allargato oggetto e parametro del rinvio, forse con l'intenzione di lasciare alla Consulta di «valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* devoluto al suo esame» e di «stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza» in punto di pregiudizialità logico-giuridica⁷⁵, se del caso, attivando da sé il rinvio interpretativo alla CGUE. Tuttavia, l'inesco di quella che, tempo addietro, avvertita dottrina ha definito una *variante della doppia pregiudizialità diretta* – che «ricorre quando sia la stessa Corte a rilevare che rispetto al giudizio di costituzionalità appare pregiudiziale una valutazione di comunitarietà»⁷⁶ – non dovrebbe più avere motivo di sussistere nel caso di specie stante la circostanza sopravvenuta del rinvio *ex art.* 267 TFUE sullo stesso oggetto da parte del Consiglio di Stato; cosa di cui, peraltro, il Tar Liguria non poteva avere contezza⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. *Considerato in diritto*, § 5.

⁷⁵ Cfr. sentenza n. 293 del 2010, *Considerato in diritto*, § 6, cui *adde*, più di recente, sentenza n. 250 del 2016, *Considerato in diritto*, § 3.

⁷⁶ A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di «comunitarietà»*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 1732 ss., p. 1733, il quale definisce tale ipotesi «doppia pregiudizialità diretta» di tipo «A2», lì dove l'ipotesi «A1» ricorre, invece, quando è lo stesso giudice *a quo* a rinviare la questione contemporaneamente sia alla Consulta che alla CGUE.

⁷⁷ Ciò non toglie, però, che, pur in assenza del successivo intervento del Consiglio di Stato, l'aspettativa del Tar Liguria avrebbe avuto alte probabilità di rimanere insoddisfatta, giacché la Corte costituzionale – pur avendo superato con la nota ordinanza n. 207 del 2013 la riottosità a sollevare rinvio interpretativo alla CGUE anche nella sede del giudizio incidentale – in siffatte situazioni preferisce restituire gli atti al giudice *a quo* affinché sia quest'ultimo ad investire la Corte di Lussemburgo. Sulla rilevante decisione ora citata, che ha seguito le ordinanze nn. 102 e 103 del 2008 con le quali era stato infranto il tabù *de quo* con riferimento al giudizio in via principale, e sulle sue complesse implicazioni v., tra gli altri, U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 24 luglio 2013, e M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, gennaio 2014.

Dall'ordinanza di rinvio emerge, inoltre, un elemento che potrebbe far propendere per una prognosi di inammissibilità della questione sollevata, ossia l'inesistenza di ogni tentativo di interpretazione conforme⁷⁸. Il giudice *a quo*, difatti, non si sofferma su questo punto, eppure permane la sensazione che il richiamo così circostanziato alla normativa comunitaria di contesto costituisca un passaggio retorico per rafforzare anche l'idea dell'impossibilità di una interpretazione adeguatrice. Non rileva, a questo punto, scandagliare le varie ipotesi esegetiche che avrebbero potuto essere utilmente praticate per ricomporre ad unità il potenziale contrasto tra le disposizioni delle direttive UE e il recepimento interno delle stesse; e, tuttavia, vista la convincente ricostruzione dell'apertura eurounitaria all'instaurazione di un regime "ordinario" per *in house providing* – che, lo si ripete, ad opinione del Tar Liguria è da ritenersi «definitivamente acquisito quantomeno in ambito europeo» – ci si sarebbe aspettati di leggere nell'ordinanza qualche indicazione sull'impossibilità di rinvenire una norma che potesse rientrare nell'*orizzonte di senso* di una attività ermeneutica orientata alla normativa comunitaria. Invero, è proprio «quando il giudice comune si trova ad applicare una legge contrastante con una norma europea sprovvista dell'effetto diretto» e, più in particolare, quando vi sia «scorretta attuazione di una delega legislativa volta a recepire una direttiva europea», che si materializza l'occasione più rilevante per tentare, prima di ogni altra cosa, un'interpretazione conforme⁷⁹.

⁷⁸ Sulle variegata e complesse questioni inerenti alla tematica dell'interpretazione conforme la letteratura è semplicemente sterminata. Oltre ai saggi già citati, tra i più recenti contributi sul tema, pur con orientamenti tra loro diversi, v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; gli interventi raccolti in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, www.gruppodipisa.it, 2011, n. 1, ma 2009; G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, pp. 3363 ss.; G. LANEVE, *Interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, pp. 3 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2013, n. 1; A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, ottobre 2013; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 2; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, *ivi*, 2014, n. 2; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so su di lei*, *ivi*, 2015, n. 2; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 391 ss. Se, poi, l'interpretazione conforme a Costituzione sia un onere, un obbligo o un invito è questione, peraltro, ancora ampiamente dibattuta (cfr. sul punto, tra gli altri, F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme alla Costituzione»*, in *Dir. soc.*, 2015, pp. 461 ss.).

⁷⁹ Così E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2014, pp. 3 s.

È il caso di ricordare, infatti, che la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015⁸⁰, ancorché si sia discostata dall'assunto secondo cui «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁸¹, ciononostante, continua a richiedere che il giudice remittente renda almeno conto della consapevolezza di dover «utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata»⁸². In altri termini, sarebbe stato, forse, necessario (e sufficiente) che il Tar Liguria, alla luce della normativa eurounitaria citata, avesse reso conto nell'ordinanza di aver avuto presente l'obbligo di esperire un tentativo di interpretazione conforme⁸³, senza con ciò doversi necessariamente soffermare «ad escludere possibili soluzioni difformi» da quella revocata in dubbio; infatti, come ricorda la Consulta, la «possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria (...) non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia e non alla sua ammissibilità»⁸⁴. Insomma, il giudice *a quo*, pur senza arrivare ad attribuire alla disposizione in esame un contenuto *altro* rispetto al significato rintracciabile nell'orizzonte di interpretazioni possibili⁸⁵, avrebbe potuto evadere l'obbligo suddetto semplicemente limitandosi a ravvisare «nel tenore letterale della disposizione un impedimento a un'interpretazione costituzionalmente compatibile».

⁸⁰ In realtà, come nota M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 465, nt. 547, alcuni segnali di mutamento di indirizzo, benché non così espliciti, potevano essere già colti in pronunce precedenti e, in particolare, nell'ordinanza 11 febbraio 2015, n. 11.

⁸¹ Così Corte costituzionale, sentenza 22 ottobre 1996, n. 356, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁸² Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2015, § 3.3 del *Considerato in diritto*. Secondo B. CARAVITA, Roma locuta, causa finita? *Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2018, n. 15, p. 8, con tale decisione «la Corte sembra attenuare lo sforzo interpretativo gravante sul giudice *a quo* nella ricerca dell'interpretazione conforme a costituzione, limitandolo a un ragionevole tentativo». Definisce la pronuncia il «manifesto di un "depotenziamento" del presupposto dell'interpretazione conforme a Costituzione» C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2063 ss., p. 2065.

⁸³ Secondo G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta online*, www.giurcost.org, 2016, fasc. II, pp. 293 ss., p. 295, «in definitiva, il dovere di tentare di prevenire l'antinomia tra legge e Costituzione in via interpretativa prima di avviarne la risoluzione giudiziaria attraverso il sindacato accentrato, ai fini dell'ingresso nel merito, è l'unico a sopravvivere, soppiantando l'ulteriore dovere di preferire l'interpretazione conforme».

⁸⁴ Ancora Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2015, § 3.3 del *Considerato in diritto*. Condivide questo orientamento M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 467.

⁸⁵ Cfr. F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 15.

4.2. (Segue) La strada del rinvio pregiudiziale interpretativo alla CGUE praticata dal Consiglio di Stato: le premesse per una nuova stagione dell'*in house providing*?

I giudici di Palazzo Spada, nell'ordinanza della sezione V, seguono una strada diversa. A monte di ogni valutazione in ordine al rapporto tra d.lgs. e l. delega – e pur dovendosi presumere conosciuta la questione di legittimità sollevata dal Tar Liguria – il Consiglio di Stato, in quanto «*organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno (...), ritiene che ai fini della decisione sia necessario risolvere alcune questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione europea, primario e derivato, e che sia dunque necessario sollevare una questione per rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE*» (§ 3). In realtà, il rinvio pregiudiziale contiene due quesiti, il secondo dei quali – che non sarà qui affrontato – riguarda la questione se sia conforme al diritto europeo l'art. 4, co. 1, del d.lgs. n. 175 del 2016 (TU delle società partecipate), che impedisce a una p.a. di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto), laddove tale amministrazione intenda comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto (e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'organismo pluripartecipato) (§ 3.2.6).

Con riferimento, invece, al quesito che qui più rileva, v'è subito da dire che la posizione emergente dall'ordinanza di rinvio sposta l'equilibrio fra principio di apertura al mercato e principio di autodeterminazione del potere discrezionale di scelta delle pp.aa. a favore di quest'ultimo, in termini che, forse, mai erano stati spesi con così tanta nettezza da altre Corti nazionali. L'interpretazione che il Consiglio di Stato in questa occasione fornisce, difatti, non si limita a delineare un quadro che pone sullo stesso piano ricorso all'*in house* e ricorso alle procedure di evidenza pubblica ma, addirittura, tende a ribaltare l'assetto consolidatosi negli ultimi tre lustri assumendo che quest'ultimo «*sembra presentare una valenza sussidiaria rispetto al principio della libertà nella scelta del modello gestionale*». Infatti, «*la prima scelta che viene demandata alle amministrazioni è di optare fra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione (modelli che appaiono collocati dall'ordinamento dell'UE su un piano di equiordinazione) e, solo se si sia optato per il secondo di tali modelli, incomberà sull'amministrazione l'obbligo di operare nel pieno rispetto dell'ulteriore principio della massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato*». Insomma, la rivoluzione è copernicana. E i giudici incalzano oltre, senza equivoci, affermando che «*da parte dell'ordinamento dell'UE gli affidamenti in house (sostanziale forma di autoproduzione) non sembrano posti in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara; al contrario, sembrano rappresentare una sorte di prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse*».

La tesi non solo si fonda su argomenti giuridici (esposti *supra* par. 3) ricavabili dall'ordinamento eurounitario, ma risponde anche ad incontrovertibili «*elementari esigenze di economia, per cui ci si rivolge all'esterno*

solo quando non si è ben in grado di provvedere da soli: nessuno, ragionevolmente, si rivolge ad altri quando è in grado di provvedere, e meglio, da solo» (§ 3.1.4).

A voler diversamente argomentare, infatti, dando cioè pregiudiziale priorità al mercato, si dovrebbe sostenere «senz'altro che le amministrazioni pubbliche non siano in grado di provvedere autonomamente solo perché non agiscono nel mercato; e per superare questa presunzione occorre dimostrare che il mercato, che ha comunque la priorità perché è mercato e non perché qui assicura condizioni migliori dell'autoproduzione, non è in concreto capace di corrispondere appieno all'esigenza di approvvigionamento» (§ 3.1.6).

Come si diceva nelle premesse di questo contributo, un siffatto indirizzo interpretativo eleva il rispetto del principio concorrenziale a precondizione dell'agire pubblico, non bilanciabile proprio perché a prevalenza *iuris et de iure*, quasi fosse un super-principio capace di trasformare l'imprinting interno a forte vocazione economico-sociale in un assetto concorrenza-centrico, di portata persino più "invadente" di quanto lascerebbe intendere la, pur ossimorica⁸⁶, formula di «*economia sociale di mercato*» con cui frequentemente si cerca di caratterizzare il modello economico repubblicano. Tale osservazione è ben esplicitata dal Giudice del rinvio pregiudiziale che, alla luce delle premesse fin qui illustrate, ritiene che l'*in house providing* «rappresenta non un'eccezione residuale, ma una normale opzione di base, al pari dell'affidamento a terzi tramite mercato, cioè tramite gara: paradigma, quest'ultimo, che non gode di alcuna pregiudiziale preferenza». E, ancora una volta, che «per l'ordinamento UE da parte di una pubblica amministrazione si possa procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture solo una volta che le vie interne, dell'autoproduzione ovvero dell'internalizzazione, non si dimostrano percorribili o utilmente percorribili» (§3.1.4).

⁸⁶ In questo senso, tra gli altri, più recentemente, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Archivio, p. 60; D. CALDIROLA, *Welfare State e vincoli di bilancio: ricadute sul principio di sussidiarietà*, in federalismi.it, www.federalismi.it, 2014, n. 22, p. 10; F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2012, n. 4; C.P. GUARINI, *Prolegomeni in tema di sviluppo economico e principio personalista tra Costituzione repubblicana e "dottrina sociale della Chiesa"* in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, pp. 519 ss., p. 530. A tale formula, peraltro, fa da pendant quella non meno ambigua e ossimorica di cui all'art. 3, co. 3, del TUE di «*economia sociale di mercato fortemente competitiva*», che lungi dall'essere edulcorata (alla "rinfusa", per così dire) dai riferimenti ad uno «*sviluppo sostenibile*», ad «*una crescita economica equilibrata*», agli obiettivi di «*piena occupazione*», di «*progresso sociale*» e di un «*elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*», disvela inequivocabilmente negli artt. 119, co 1 e 2, 120 e 127, co. 1, del TFUE il verso portante dell'UE in quello di una «*economia di mercato aperta ed in libera concorrenza*». Per una genealogia critica del principio *de quo* cfr. M. FOCALUT, *Lezione del 7 febbraio 1979*, in ID., *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005; A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, Roma 2014. Spunti critici sono, più di recente, *ex plurimis*, in A. MORRONE, *Crisi economica e diritti*, in *Quad. cost.*, 2014, pp. 79 ss.; G. BUCCI, *Poteri delle Regioni tra governance economica e destabilizzazione sociale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2014, n. 4; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, Milano, 2016; L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 99 ss.; F. GABRIELE, *Democrazia e potere economico fra dimensione sociale, sussidiarietà e controlimiti*, Relazione di sintesi Convegno annuale AIC, Modena, 10-11 novembre 2017, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2018, n. 3; M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, Relazione Convegno annuale AIC, Modena, 10-11 novembre 2017, *ibidem*, spec. § 2, al quale si rinvia anche per i numerosi e puntuali richiami bibliografici di contesto.

È così che il Consiglio di Stato ripercorre i fondamenti di tali affermazioni nell'assetto normativo europeo, rinvenendovi solido riscontro. Allo scopo, si pone retoricamente la questione se le restrittive condizioni poste dal diritto italiano possano giustificarsi in relazione al diritto dell'UE senza riconoscere in quest'ultimo «una priorità sistematica al principio di messa in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione» (§ 3.1.6), bensì rinvenendovi l'enunciazione di principi con valenza generale che non sembrano «consentire l'introduzione di disposizioni volte a riconoscere a una delle modalità di attribuzione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche (come l'affidamento in house) un ruolo giuridicamente subordinato rispetto alle altre» (§ 3.1.5). La condivisibile posizione della superiore magistratura amministrativa suscita, però, un interrogativo la cui portata, paradossalmente, è direttamente proporzionale al nitore con cui essa sviluppa i contorni del sospetto di incompatibilità della normativa interna in oggetto e delinea il grado di chiarezza del contenuto dei riferimenti sovranazionali assunti. Tenuto conto: a) dei *considerata* delle direttive UE; b) dell'art. 2 della direttiva UE 2014/23; c) della *Comunicazione* interpretativa sull'applicazione del diritto europeo degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (doc. C(2007)6661, 5 febbraio 2008) della Commissione europea; e, soprattutto, d) della giurisprudenza di contesto della CGUE, laddove «ha chiarito a propria volta che l'ordinamento comunitario non pone limiti alla libertà, per le amministrazioni, di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione»; ebbene, tutto ciò posto, il Giudice del rinvio non avrebbe potuto anche ravvisare margini per la disapplicazione (o non applicazione) della norma interna indubbiata? Non avrebbe potuto rinvenire elementi sufficienti per attribuire effetti diretti ai riferimenti eurounitari citati e, in particolare, alle precedenti pronunce della Corte di Lussemburgo? Nel caso di specie, non avrebbe potuto dirsi soddisfatto quel requisito che la stessa CGUE ha ritenuto, già da tempo, poter senz'altro esimere le giurisdizioni di ultima istanza dall'obbligo di rinvio, consistente nella situazione in cui «la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata»⁸⁷?

5. Qualche breve spunto in ordine all'*interferenza* tra giudizi e al rischio di una eterogenesi dei fini

Allo stato, dunque, sia la Corte costituzionale che la CGUE dovranno pronunciarsi sulla sorte degli aggravamenti previsti nel co. 2 dell'art. 192 del d.lgs. 50/2016 e, nella sostanza, ad entrambe è chiesto di decidere, ad un tempo, tanto se l'*in house providing* debba collocarsi tra gli strumenti di scelta del contraente

⁸⁷ V. CGUE, sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl Cilfit*, § 16, secondo la quale, inoltre, ciò sarebbe possibile ove il giudice nazionale maturi «il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di Giustizia».

o, invece, tra le modalità a disposizione delle pp.aa. di organizzazione dei servizi di interesse economico generale, quanto se ad esso debba essere riconosciuta valenza eccezionale, come è stato prevalentemente inteso sino ad oggi, o, invece, carattere ordinario.

Non può, inoltre, non rilevarsi come l'intreccio tra le due vicende dia luogo ad una classica, quand'anche non frequente, ipotesi di *interferenza* tra “giudizi di rinvio”⁸⁸. In questa situazione pare verosimile ipotizzare che la Corte costituzionale “farà in modo” di attendere la decisione del giudice eurounitario, non fosse altro per la priorità logica di questa rispetto all'esito del giudizio costituzionale. A scanso di equivoci, sembra doversi escludere, invece, che la fattispecie in questione possa rientrare in una di quelle ipotesi in cui dovrebbe operare la c.d. *inversione dell'ordine della doppia pregiudiziale* – emersa recentemente a seguito di un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 in cui la Corte costituzionale ha lasciato intendere il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità rispetto a quello europeo⁸⁹ – dal momento che quest'ultima sembrerebbe venire in rilievo nelle sole situazioni in cui sia fatta questione dell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹⁰. La vicenda esaminata atterrebbe, piuttosto, alla definizione di «principi di struttura, istituzionali, essenziali al mercato comune» che, richiedendo «il

⁸⁸ Stando alla citata classificazione che, delle possibili sovrapposizioni tra i giudizi della CGUE e delle Corti costituzionali nazionali, fa A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di «comunitarietà»*, loc. ult. cit., nel caso di specie dovrebbe trattarsi di *doppia pregiudizialità indiretta* del tipo «B2», che si materializza quando «la Corte costituzionale rileva che pende davanti alla Corte di Giustizia una questione interferente con il proprio giudizio».

⁸⁹ A commento dei contenuti di questa rilevante pronuncia della Corte v., tra gli altri, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 18 dicembre 2017; R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 2017, n. 3; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 25 gennaio 2018; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra le Corti*, *cit.*; A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 2018, n. 1. Più in generale, sulla problematica prospettiva dell'intreccio e/o della sovrapposizione di competenze tra Corte costituzionale, giudici nazionali e giudici euro-convenzionali in materia di diritti fondamentali v., almeno, le riflessioni di M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 537 ss.; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed «europeizzazione») della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, www.rivistaic.it, 2010, n. 4; ID., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento «intercostituzionale»*, *ivi*, 2013, n. 4; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, *ivi*, 2017, n. 4; F. PATRONI GRIFFI, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 2017, n. 12; A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corte di Giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, *ivi*, n. 21.

⁹⁰ Cfr. G. SCACCIA, *L'inversione della «doppia pregiudiziale» nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, p. 9.

massimo grado di uniformazione normativa» e di «controllo diffuso di comunitarietà», dovrebbe suggerire di mantenere ferma la precedenza dell'intervento della CGUE⁹¹.

È legittimo, pertanto, pensare che la Consulta attenderà l'esito del giudizio eurounitario e l'eventuale prodursi di effetti diretti del medesimo che, costituendo *jus superveniens*, la esimerebbero dal pronunciarsi su di una questione in ordine alla quale, peraltro, come detto, si è già più volte espressa in senso favorevole al margine di apprezzamento del legislatore nazionale nel porre *ragionevoli* limiti ulteriori rispetto a quelli imposti dall'Unione alla discrezionalità di scelta delle pp.aa., sempre che finalizzati alla tutela del principio concorrenziale.

Al netto di tutte le questioni fin qui evidenziate, facendo ricorso alla “rude” ma sempre utile semplificazione metodologica offerta dal rasoio di Ockham, ciò che il Tar Liguria chiede alla Corte costituzionale è, in definitiva, di sconfessare se stessa e ciò che il Consiglio di Stato chiede alla CGUE è di far valere una significativa compressione del principio concorrenziale, che rimane pur sempre la pietra d'angolo dell'intero sistema eurounitario.

A questo punto della vicenda, sembra la CGUE a doversi ritenere “padrona” della valutazione dell'effetto ostativo di eventuali condizioni aggiuntive al raggiungimento dell'effetto utile ricercato con le direttive nn. 23 e 24 del 2014, nonché dello stato dell'armonizzazione nelle legislazioni nazionali del principio di libera determinazione di scelta delle pp.aa. Si ha, però, l'impressione che, nonostante le valide e circostanziate ragioni poste a fondamento del rinvio in analisi, la CGUE non possa spingersi sino al punto di provocare la disapplicazione o l'invalidità di eventuali disposizioni nazionali che, in effetti, altro non fanno che valorizzare il principio su cui si fonda il mercato comune; tanto più ove esse, per altra via, rispondano a esigenze particolari nazionali (che non vi è dubbio saranno rappresentate al meglio dalla difesa erariale) e, vieppiù, in Stati nazionali, quale appunto l'Italia, le cui Corti costituzionali hanno sempre ritenuto conforme alle proprie Costituzioni eventuali irrigidimenti regolativi. Si tratterebbe, allora, di censurare la legislazione italiana perché, in definitiva, «più realista del Re».

In conclusione, dunque, la mancata ricomposizione della cesura tra i principi comunitari individuati e gli enunciati nazionali indubbiati mediante un'interpretazione conforme e, del pari, la scelta, pur comprensibile, di non voler giungere sino all'estrema conseguenza del riconoscimento pieno ed inequivoco del «*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*», attribuendogli effetto diretto (anche per il tramite di precedenti pronunce della CGUE in materia e dell'art. 106, par. 2, TFUE) con relativa disapplicazione della normativa nazionale non compatibile, potrebbe produrre una tanto verosimile quanto inauspicata (dai giudici di rinvio) eterogenesi dei fini. Nello scenario da ultimo prospettato, difatti,

⁹¹ Cfr. ancora G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale”*, cit., p. 10.

il bilanciamento individuato dal legislatore delegato tra tutela del mercato e discrezionalità nella scelta delle forme dell'agire pubblico, con riferimento all'*in house*, rinverrebbe una nuova "legittimazione" in una eventuale pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale (ove dovesse precedere quella della CGUE) e/o in una eventuale pronuncia della CGUE sfavorevole alla tesi "suggerita" dal Consiglio di Stato⁹²; "legittimazione" difficile da scalfire in un prossimo futuro e tale da rafforzare anacronisticamente la tenuta dell'idea che da oltre tre lustri colloca l'autoproduzione ai margini del perimetro dell'*outsourcing*. L'*in house providing* precipiterebbe nuovamente nell'inesausto dibattito relativo alla sua natura, ma con armi spuntate per i sostenitori della tesi che si oppone alle scelte pro-concorrenziali del legislatore in questo ambito specifico. Assumerebbe, allora, contorni più nitidi la rappresentazione di una p.a. "sotto tutela" nel perseguimento delle proprie finalità, pregiudizialmente inefficiente, inadeguata a definire la propria organizzazione, incapace di produrre *ex se* economie virtuose, sacrificando le forme del soddisfacimento degli interessi più vitali della propria comunità di riferimento sull'altare delle presunte capacità taumaturgiche del mercato.

⁹² Potrebbe, peraltro, anche accadere, come già verificatosi in taluni casi analoghi (cfr., ad es., sentenza 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*), che la CGUE, pur condividendo l'interpretazione offerta dal giudice del rinvio, stabilisca che la valutazione sul corretto bilanciamento debba essere rimessa a quest'ultimo, escludendo perciò che essa possa dirsi definitivamente compiuta dalla normativa europea.