GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

I servizi pubblici nel contesto pandemico

Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà

di Enrico Zampetti

13 agosto 2021

I servizi pubblici nel contesto pandemico. riflessioni su libertà organizzativa, affidamento *in house* e principio di sussidiarietà.

Enrico Zampetti

SOMMARIO: 1. Premessa. Servizi pubblici e pandemia. 2. Due questioni centrali per i servizi pubblici: libertà organizzativa e apporto dei privati. 3. Libertà organizzativa e servizi d'interesse generale nel diritto europeo. 3.1. Costituzione, libertà di iniziativa economica e servizi pubblici. 3.3. L'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 e le recenti pronunce di Corte di giustizia e Corte costituzionale. 3.4. Considerazioni sull'onere motivazionale previsto dall'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016. 4. Servizi pubblici e apporto dei privati. Considerazioni generali sul principio di sussidiarietà. 4.1. Principio di sussidiarietà e ruolo dei privati nella definizione di bisogni e interventi. 5. Osservazioni conclusive. La via intrapresa dal Piano nazionale di ripresa e resilienza.

1. - Premessa. Servizi pubblici e pandemia

Una riflessione sui servizi pubblici nel contesto pandemico deve anzitutto confrontarsi con le misure assunte per adattare l'organizzazione dei servizi al momento emergenziale. Al riguardo, numerosi sono gli interventi normativi che hanno caratterizzato i principali comparti di riferimento. Di seguito alcuni esempi, senza alcuna pretesa di completezza.

i) Nel settore della sanità, si è registrato un incremento del livello di finanziamento del fabbisogno nazionale[1]; si è previsto un potenziamento dei reparti di terapia intensiva, consentendo a Regioni e Province autonome di stipulare accordi contrattuali con strutture private[2]; si è rafforzata l'assistenza territoriale[3]; si è prevista l'istituzione di unità speciali di continuità assistenziale per la gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid che non necessitano ricovero ospedaliero[4].

ii) Nel settore dell'istruzione, si è provveduto a sospendere le attività didattiche consentendone lo svolgimento a distanza[5]; si è valorizzata l'autonomia delle istituzioni scolastiche[6]; sono stati previsti i c.d. Patti educativi di comunità tra scuole, enti locali e Terzo Settore, per garantire una più adeguata organizzazione del servizio[7].

iii) Nell'ambito dei servizi sociali, si è incrementato il fondo per le non autosufficienze, il fondo dopo di noi, il fondo per politiche per la famiglia; si è istituito il fondo sostegno per strutture semiresidenziali per persone con disabilità[8]; si è previsto che i servizi di cui all'articolo 22 co. 4 legge 328/2000 debbano considerarsi servizi pubblici essenziali, anche se svolti in regime di concessione, accreditamento o mediante convenzione[9].

iv) Nel settore dei servizi pubblici locali, si sono previste misure volte a ristorare gli enti locali delle minori entrate e delle maggiori spese sostenute a causa dei periodi di sospensione delle attività, nonché per sostenere l'erogazione di alcuni servizi nel rispetto delle misure di contenimento, quali il traporto scolastico[10]; si è istituito un fondo per sostenere le spese per l'erogazione di servizi fondamentali[11].

v) Nel settore del trasporto, si sono previsti interventi conformativi delle prestazioni in funzione delle nuove esigenze dettate dalla pandemia: igienizzazione, separazione posto guida, distanziamenti; sospensione attività di bigliettazione; installazione dispenser contenenti soluzioni disinfettanti[12].

Complessivamente, si tratta di misure che attribuiscono risorse, che potenziano specifici aspetti del servizio (si pensi al rafforzamento della medicina territoriale), che implicano il coinvolgimento dei privati nell'espletamento del servizio, che conformano le prestazioni adattandole alle richieste dell'emergenza, che valorizzano il principio di continuità nella gestione

dei servizi. Queste misure non presentano particolari problemi sotto il profilo giuridico: in periodo di crisi è normale che si attribuiscano risorse; il coinvolgimento dei privati nei servizi pubblici è un fenomeno ormai pacifico e scontato; la conformazione dell'attività è una specifica caratteristica del servizio pubblico, le cui prestazioni sono erogate nel rispetto di predeterminati *standard* quantitativi e qualitativi. Sicuramente, almeno nella prima fase della pandemia, si è registrata una certa disomogeneità nell'espletamento dei servizi pubblici, soprattutto con riferimento ai diversi ambiti regionali. Al di là di problemi strutturali più risalenti, talvolta ciò è dipeso da un *deficit* di coordinamento tra Stato e Regioni, altre volte dal ritardo dello Stato nel dettare criteri uniformi, altre volte ancora da un'azione regionale non sempre coerente con le competenze riconosciute per il periodo emergenziale. Ad ogni modo, sono criticità che in buona parte riflettono la complessità del contesto in cui l'azione amministrativa si è trovata repentinamente ad operare.

Va, tuttavia, sottolineato che, astrattamente, il nostro ordinamento possiede gli strumenti per garantire quell'uniformità di azione che talvolta è mancata e che tanto più è necessaria in una pandemia come quella che stiamo vivendo**[13]**. Basti richiamare la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale, secondo quanto da ultimo evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza n 37 del 2021**[14]**; la competenza statale sui livelli essenziali delle prestazione concernenti i diritti civili e sociali, sulle norme generali in materia di istruzione; la competenza concorrente in materia di salute, istruzione, protezione civile; l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative in sussidiarietà, secondo quanto già a suo tempo precisato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003**[15]**. Non è, pertanto, un caso che alcune delle criticità riscontrate all'inizio della pandemia successivamente si siano in parte attenuate.

2. Due questioni centrali per i servizi pubblici: libertà organizzativa e apporto dei privati

Senonchè, una riflessione esclusivamente incentrata sulle misure adottate è probabilmente di scarso interesse per il giurista, in quanto si limita a descrivere l'esistente senza affrontare le questioni di fondo che caratterizzano i servizi pubblici e che assumono maggiore rilevanza in un momento di crisi come l'attuale. Tra le altre, due sono le questioni che direttamente investono i contenuti e l'organizzazione dei servizi pubblici.

Una prima questione riguarda la libertà delle autorità pubbliche nell'individuare le modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici più idonee a garantire la soddisfazione dei bisogni. In linea di principio, le amministrazioni sono libere di scegliere se autoprodurre il servizio o esternalizzarlo, come anche riconosciuto dal diritto europeo, ma in concreto l'attuale disciplina positiva sembra privilegiare l'esternalizzazione a discapito dell'autoproduzione, secondo un *trend* proconcorrenziale che già da tempo caratterizza il nostro ordinamento. Attualmente il riferimento è all'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 sul quale torneremo in seguito.

Una seconda questione riguarda l'apporto fornito dai privati nell'ambito dei servizi pubblici. Tale apporto riguarda generalmente l'esecuzione della prestazione, considerato che di norma l'esternalizzazione implica che a gestire i servizi pubblici sia un soggetto privato. Ma può riguardare anche l'individuazione a monte dei bisogni e degli interventi necessari per garantire quei bisogni, collocandosi in una fase preliminare rispetto alla concreta esecuzione della prestazione. È questo l'aspetto più interessante del coinvolgimento dei privati, poiché l'iniziativa privata viene a influenzare il contenuto e l'organizzazione del servizio, nel solco di un rinnovato significato del principio di sussidiarietà su cui avremo modo di soffermarci più avanti.

Le due questioni toccano temi assolutamente centrali dei servizi pubblici, sulle quali si misura l'efficacia e l'idoneità del servizio a soddisfare i bisogni per il quale viene istituito. Libertà organizzativa e apporto dei privati sono tanto più rilevanti in un contesto di crisi come l'attuale, nel quale, per fronteggiare adeguatamene le nuove e mutevoli esigenze, si richiedono ampi spazi di flessibilità sia nell'organizzazione che nei contenuti delle prestazioni. Ragion per cui le due questioni verranno di seguito più a fondo esaminate, con riferimento all'attuale quadro normativo e giurisprudenziale.

3. Libertà organizzativa e servizi d'interesse generale nel diritto europeo

Nel diritto europeo i servizi pubblici vengono generalmente ricompresi nella nozione di servizio d'interesse generale**[16]**, impiegata per definire le attività degli Stati membri o delle loro articolazioni territoriali preordinate al soddisfacimento di bisogni generali**[17]**. La nozione ha delle rilevanti implicazioni sul regime giuridico dell'attività e la decisione dello Stato membro di qualificare una determina attività come servizio d'interesse generale può essere sindacata dalla Commissione europea**[18]**.

La qualificazione in termini di servizio d'interesse generale rileva anzitutto sull'applicazione delle regole di concorrenza previste dagli artt. 101-108 del Trattato, che riguardano la condotta che le imprese e gli Stati membri sono chiamate a rispettare quando agiscono sul mercato. Se riferite alle imprese, tali regole si risolvono nel divieto di comportamenti collusivi, quali, ad esempio, l'abuso di posizioni dominanti o intese restrittive; se riferite agli Stati, si sostanziano nel divieto di favorire le imprese attraverso la concessione di aiuti che possano creare eventuali sperequazioni. Ai sensi dell'articolo 106 del TFUE, le imprese incaricate dello svolgimento di servizi d'interesse economico generale sono soggette alle regole di concorrenza, ma soltanto nei limiti "*in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, alla specifica missione loro affidata*"***[19]***. Bisognerà concretamente verificare se la deroga è veramente necessaria per garantire le finalità implicate dalla missione**[20]**, ma in linea di principio la deroga è ammissibile, così come previsto dall'articolo 106 TFUE.

La qualificazione in termini di servizio d'interesse generale rileva anche sulle modalità di svolgimento del servizio. I servizi d'interesse economico generale possono, infatti, svolgersi in regime di esclusiva senza che ciò si ponga necessariamente in contrasto con i principi di parità di trattamento e non discriminazione, ovvero con le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, a condizione che l'esclusiva sia giustificata da motivi d'interesse generale**[21]**. Oltre che dall'articolo 106 TFUE**[22]**, ciò si ricava chiaramente dal considerando 8 e dall'articolo 2 della direttiva 2006/123 CE del 12 dicembre 2006 relativa ai sevizi nel mercato interno, laddove il primo prefigura l' "*opportunità che le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione*", e il secondo stabilisce che "*la presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generali riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi*". Ulteriore conferma si ricava dall'articolo 14 del Trattato, secondo cui "*in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti*"**[23]**.

Sul piano generale, la possibilità di scegliere la più opportuna organizzazione dei servizi d'interesse generale va ricondotta al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche

riconosciuto dal diritto europeo, il quale, per quanto concerne l'ambito dei servizi, è attualmente codificato nell'articolo 2 della Direttiva 2014/23: "*le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni*". Come si evince dalla previsione, la stessa libertà organizzativa consente agli Stati membri di scegliere se autoprodurre o esternalizzare i propri servizi**[24]**. Nelle ipotesi in cui lo Stato membro o una sua articolazione territoriale decida di rivolgersi al mercato per individuare l'esecutore del servizio, il diritto europeo impone l'espletamento di una procedura di gara, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, nonché delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi. Nelle ipotesi in cui opti per l'autoproduzione, lo stesso diritto europeo ammette l'affidamento diretto "*a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*", a condizione che il soggetto affidatario possa configurarsi come mera articolazione interna dell'amministrazione, secondo i requisiti dell' *in house* a suo tempo individuati dalla giurisprudenza e successivamente positivamente codificati**[25]**. Come noto, tali requisiti richiedono che i) il soggetto affidatario sia interamente partecipato dall'ente pubblico che dispone l'affidamento, fatte salve eventuali partecipazioni di capitali privati che non comportino controllo o potere di veto; ii) che l'ente pubblico che dispone l'affidamento eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi; ii) che oltre l'80% delle attività del soggetto affidatario siano effettuate nello svolgimento di compiti assegnati dall'ente controllante che dispone l'affidamento **[26]**. Ove si verifichino queste condizioni, non vi è necessità di espletare alcuna procedura di gara, perché l'affidamento del servizio si risolve in un affidamento interno al perimetro dell'amministrazione. Ne consegue che un siffatto affidamento non pregiudica né i principi di parità di trattamento e non discriminazione, né le libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, poichè l'espletamento del servizio rimane un fatto interno all'amministrazione, senza coinvolgere gli operatori economici presenti sul mercato. Sotto questo profilo, la giurisprudenza europea ha sottolineato che "*nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi, il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e degli articoli 43 CE e 49 CE trovano applicazione nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche ad un terzo*", precisando che "*al contrario non occorre applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di*

concessioni di pubblici servizi nel caso in cui un'autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne". Di conseguenza, "*nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrice*" **[27]**. Resta inteso che, ai sensi dell'articolo 106 TFUE, l'aggiudicatario *in house* di un servizio d'interesse generale è tenuto a rispettare le regole di concorrenza, fatta salva la possibilità di un'eventuale deroga se necessaria per assolvere alla missione affidata.

A chiusura di questo breve *excursus*, si può osservare che le modalità di svolgimento di un determinato servizio d'interesse generale non sono necessariamente condizionate dalle modalità del suo affidamento. Basti rilevare che, in linea di principio, tanto un servizio affidato in *house* quanto un servizio affidato in esito a procedura di gara potrebbero indifferentemente espletarsi in regime di concorrenza o in regime riservato. Ciò che conforma gli assetti generali del mercato in termini di concorrenza o di monopolio non è la prescelta modalità di affidamento, bensì la strutturazione naturale di quel mercato o un'opzione politica di fondo**[28]**.

Vero è che ordinariamente i servizi d'interesse generale sono gestiti in regime di esclusiva e che, a compensare l'esclusiva, soccorre la c.d. concorrenza per il mercato creata artificiosamente attraverso la gara pubblica. Ma è pur vero che, per il diritto europeo, la procedura di gara è necessaria soltanto se lo Stato membro decida per l'esternalizzazione del servizio, perché solo in tal caso vengono specificamente in rilievo i principi di parità di trattamento e non discriminazione, nonché le libertà di stabilimento e prestazione di servizi, a garanzia delle quali è appositamente preordinata la procedura di gara. Ciò non significa che tali principi e libertà non possano essere pregiudicati da un affidamento diretto ad un organismo *in house*. Tuttavia, un eventuale pregiudizio non deriverebbe dalla forma di affidamento in sé considerata, bensì i) dall'assenza nell'ente affidatario delle condizioni che ne ammettano la qualificazione come organismo *in house;* ii) dall'assenza dei requisiti che giustificano la qualificazione dell'attività in termini di servizio d'interesse generale. Se, infatti, l'ente affidatario non è qualificabile come organismo *in house*, deve ritenersi soggetto terzo rispetto all'amministrazione e l'eventuale affidamento diretto sarebbe in contrasto con l'obbligo della procedura di gara. Viceversa, se l'attività non è qualificabile come servizio d'interesse generale, tendenzialmente resta soggetta ai

principi e alle libertà del Trattato, e sarà più difficile individuare i motivi d'interesse generale che ne giustifichino l'eventuale svolgimento in esclusiva.

4. Costituzione, libertà d'iniziativa economica e servizi pubblici

Nel diritto interno, la disciplina generale dell'attività economica è recata negli artt. 41 e 43 della Costituzione. Da tali norme si desume che l'iniziativa economica è libera ma condizionata nel suo svolgimento dall'utilità sociale o dagli altri valori indicati nell'art. 41; che, al pari dei privati, i soggetti pubblici possono esercitare un'attività economica, sia pur assoggettati ai programmi e controlli stabiliti dalla legge per il perseguimento dei "fini sociali"; che ragioni di utilità generale possono giustificare la riserva allo Stato di attività relative a servizi pubblici essenziali[29].

Nelle richiamate previsioni manca una disciplina della concorrenza, intesa come insieme di regole deputate a disciplinare i rapporti tra le imprese sul mercato[30]. Solo dal 2001 la Costituzione contiene un riferimento alla "*tutela della concorrenza*", [31] ma è strumentale a individuare una materia in cui lo Stato ha competenza legislativa esclusiva e non a chiarire i possibili contenuti della nozione di concorrenza.

A suo tempo, l'assenza di un esplicito riferimento alla concorrenza ha ingenerato un ampio dibattito sull'effettiva rilevanza della concorrenza in ambito costituzionale. Non è questa la sede per ripercorrere quel dibattito, esaminando le diverse posizioni che, da un lato, hanno negato una tutela costituzionale della concorrenza e, dall'altro, hanno variamente considerato la concorrenza implicata nella libertà d'iniziativa economica[32]. Si può solo osservare che, attraverso il diritto europeo, le regole di concorrenza sono ormai entrate stabilmente nel nostro ordinamento, secondo l'accezione propria della disciplina sovranazionale, ossia come regole deputate a conformare la condotta delle imprese e dello Stato nell'ambito del mercato. Tuttavia, nonostante l'accezione impressa dal diritto europeo, non sempre vi è chiarezza su cosa debba effettivamente intendersi per concorrenza: se, in linea con la prospettiva sovranazionale, vada riferita soltanto alle regole che disciplinano i comportamenti nel mercato, o se invece, in diretta connessione con il primo comma dell'articolo 41, riguardi specificamente l'accesso al mercato, a garanzia della libertà dei privati di svolgere le attività economiche senza restrizioni che non siano quelle strumentali all'utilità sociale e agli altri valori indicati dalla norma costituzionale [33]. A creare ulteriore incertezza ha contribuito in parte anche la Corte costituzionale che,

almeno nella giurisprudenza più recente, ha talvolta identificato la concorrenza nelle regole che garantiscono il confronto competitivo tra le imprese in vista dell'affidamento degli appalti pubblici o dei pubblici servizi[34].

Sebbene l'argomento necessiti un più ampio approfondimento, appare preferibile inquadrare la concorrenza nelle regole che stabiliscono i comportamenti delle imprese e dello Stato nei mercati, per la semplice ragione che è in questa accezione che il diritto europeo declina la disciplina della concorrenza applicabile negli Stati membri. Del resto, i rapporti economici tra pubblico e privato sono esaurientemente regolati dagli articoli 41 e 43 della Costituzione e non vi è necessità di operare sovrapposizioni tra ambiti diversi e non perfettamente coincidenti.

Ad ogni modo, anche a voler considerare le altre accezioni di concorrenza a cui si è fatto riferimento, il diritto nazionale non offre soluzioni molto diverse dal diritto europeo. Per il diritto europeo, l'acceso al mercato (e quindi l'iniziativa economica generalmente intesa) può essere limitato se l'attività è configurabile come servizio d'interesse generale, dal momento che, se sussistono ragioni d'interesse generale, la gestione del servizio può avvenire anche in regime riservato. In senso analogo, l'articolo 43 della Costituzione ammette la possibilità di gestioni riservate per attività riconducibili a servizi pubblici essenziali, sempre che ciò sia giustificato da ragioni di utilità generale.

Per il diritto europeo è irrilevante che un'attività economica sia svolta da un soggetto pubblico o da un soggetto privato[35]; analogamente, l'articolo 41, co. 3, Cost. conferma che l'attività economica può essere svolta indifferentemente da soggetti privati o soggetti pubblici, anche se, nell'attuale contesto normativo, la previsione costituzionale deve confrontarsi con la disciplina recata nel d.lgs. n. 175 del 2016, che pone severe restrizioni all'attività economica dei soggetti pubblici[36].

Il diritto europeo impone l'obbligo di gara pubblica per tutelare il principio di non discriminazione e parità di trattamento delle imprese; in termini analoghi, il diritto nazionale ha sempre inteso l'obbligo di gara quale strumento per garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa, sia a tutela della *par condicio* delle imprese, sia nell'ottica di adottare la scelta più idonea a soddisfare in concreto l'interesse pubblico[37].

Da questo rapido *excursus* si evince come le previsioni costituzionali ammettano differenti modalità di svolgimento e affidamento dei servizi pubblici: i servizi pubblici possono astrattamente svolgersi in regime di esclusiva o di concorrenza, perché così è riconosciuto dall'articolo 43 Cost; possono essere espletati in autoproduzione o esternalizzando le prestazioni,

considerato che le attività economiche, come confermato dall'articolo 41 Cost., sono esercitabili sia da soggetti pubblici che da soggetti privati. Anche per il diritto interno vale quanto già osservato per il diritto europeo, ossia che le modalità di svolgimento di un servizio pubblico non sono necessariamente condizionate dalle modalità del suo affidamento. Nei casi in cui il servizio dovesse svolgersi in regime di esclusiva, ogni ipotetica criticità non sarebbe imputabile al modello di affidamento che si è concretamente prescelto, ma all'opzione politica di fondo di consentire lo svolgimento del servizio in regime riservato.

Tuttavia, una differenza tra diritto europeo e diritto nazionale riguarda specificamente la motivazione che deve sorreggere la scelta di ricorrere all'una o all'altra delle modalità di affidamento. Se per il diritto europeo la motivazione risulta di fatto assorbita nell'opzione prescelta, o comunque nella sussistenza dei relativi requisiti, i principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento richiedono di esplicitare le ragioni che giustificano la scelta. È pertanto il momento di soffermarsi sulle previsioni interne che riguardano la motivazione degli affidamenti, con particolare riferimento all'onere motivazionale richiesto per l'affidamento *in house*.

4. L'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 e le recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale

Per quanto riguarda l'affidamento *in house*, l'articolo 192 co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 richiede un onere motivazionale particolarmente stringente, che dia conto "*delle ragioni del mancato ricorso al mercato*" e degli eventuali "*benefici per la collettività*" che il ricorso all'*in house* verrebbe concretamente a garantire**[38]**. Secondo alcune interpretazioni, l'onere motivazionale si sostanzierebbe nella dimostrazione del c.d. fallimento di mercato, con la conseguenza che l'affidamento *in house* risulterebbe condizionato alla circostanza che sia impossibile o inutile espletare una procedura di gara**[39]**. La severità dell'onere motivazionale è ancora più evidente al confronto con la motivazione richiesta per le altre forme di affidamento, quando oggetto dell'affidamento siano i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Come meglio si dirà, l'articolo 34, co. 20, D.L. n. 179 del 2012 richiede soltanto d'indicare "*le ragioni*" e la "*sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*", ma non le ragioni che inducono a preferire alle altre la forma di affidamento prescelta, ovvero i benefici che la modalità prescelta dovrebbe in concreto arrecare alla collettività.

L'articolo 192 è stato recentemente oggetto di una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia e di una questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale**[40]**. La questione pregiudiziale ha investito la compatibilità della norma con il diritto europeo e, in particolare, con il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche codificato nell'articolo 2 della Direttiva 2014/23 UE**[41]**. Secondo l'ordinanza di rimessione, un onere motivazionale così stringente, quale quello sancito dalla norma interna, comprometterebbe la libertà organizzativa delle autorità pubbliche, nella misura in cui, anziché porre sullo stesso piano esternalizzazione e autoproduzione, configurerebbe l'affidamento *in house* quale modalità eccezionale rispetto all'affidamento in esito a procedura di gara**[42]**.

La questione di costituzionalità ha invece prospettato la violazione del divieto di *gold plating*, sul presupposto che la disciplina europea non imporrebbe un onere motivazionale analogo a quello previsto dall'articolo 192**[43]**.

Nel dirimere la questione pregiudiziale, la Corte di giustizia ha ribadito come il diritto europeo riconosca il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, precisando che tale libertà debba "*essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza*"**[44]**. Conseguentemente, la norma interna non sarebbe in contrasto con il diritto europeo, dal momento che proprio la libertà organizzativa autorizzerebbe gli Stati membri a "*subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna*"**[45]**.

Dal suo canto, la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità, assumendo che le condizioni più severe previste dall'articolo 192 non determinerebbero alcuna violazione del divieto di *gold plating*, poiché garantirebbero soltanto una più ampia applicazione della "*regola concorrenziale dell'affidamento del servizio mediante gara*". Sebbene la norma interna rechi una disciplina pro concorrenziale più rigorosa del diritto europeo, la scelta del legislatore nazionale non sarebbe in contrasto con la normativa sovranazionale, che, in quanto "*diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato*", costituirebbe "*solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*"**[46]**.

Così ricostruito il percorso argomentativo delle pronunce, posso svolgersi alcune considerazioni critiche.

Assumere che, in base al principio di libertà organizzativa, gli Stati membri possano modulare le condizioni dell'affidamento *in house*, anche in maniera più stringente rispetto al diritto europeo, non rappresenta di per sé un elemento di criticità, considerato che la previsione di un onere di motivazione, per quanto rafforzato, non elimina la libertà organizzativa dello Stato membro, ma le attribuisce soltanto una specifica conformazione. Tuttavia, l'assunto diventa contraddittorio nella misura in cui, dapprima, la Corte di giustizia riconosce e valorizza la libertà organizzativa degli Stati membri, salvo poi ammettere che l'affidamento *in house* sia concretamente condizionato dall'impossibilità di indire una gara pubblica. Il riconoscimento agli Stati membri di una libertà organizzativa dovrebbe comportare che le modalità di organizzazione dei servizi previste dall'ordinamento siano poste tutte sullo stesso piano. Diversamente, prefigurando una sorta di gerarchia tra le diverse modalità, la libertà organizzativa ne risulterebbe compromessa, perché allo Stato membro sarebbe prioritariamente imposta una determinata modalità. Probabilmente, la Corte avrebbe dovuto precisare che l'obbligo di motivazione previsto per l'affidamento *in house* non possa risolversi nella dimostrazione dell'impossibilità di ricorrere al mercato, perché ciò implica una qualificazione dell'affidamento *in house* quale modalità eccezionale rispetto alla gara pubblica, in contrasto con il principio di libera amministrazione che pone le diverse modalità sullo stesso piano. Ciò non significa che la motivazione non debba prendere in considerazione le ragioni che inducono l'amministrazione a prediligere l'affidamento *in house* rispetto alla gara pubblica. Ma un conto è indicare le ragioni della preferenza, altro identificare le ragioni nell'impossibilità di procedere alla gara pubblica. Nel primo caso la motivazione coesiste con la libertà organizzativa, nel secondo la comprime imponendo un ordine obbligato di preferenza**[47]**.

D'altro canto, la decisione della Corte costituzionale non è pienamente condivisibile quando tende a inquadrare l'articolo 192 tra le norme che garantiscono la concorrenza. Come si è già precisato, per il diritto europeo il principio della gara pubblica non è una regola di concorrenza, annoverabile tra quelle previste negli artt. 101-108 del trattato, ma risponde ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e libera prestazione dei servizi**[48]**. Esso viene specificamente in rilievo quando lo Stato decida di rivolgersi al mercato e non può essere invocato nelle ipotesi in cui sussistano le condizioni per procedere all'affidamento *in house*. Ne consegue che, ose si ritiene che l'onere di motivazione sia finalizzato ad ampliare l'operatività del principio di gara, l'articolo 192 non va inquadrato nelle regole concorrenziali, ma nelle previsioni di favore per la gara pubblica, a tutela del principio di parità di trattamento e della libertà di prestazione dei servizi.

Tuttavia, anche a voler ritenere che l'affidamento diretto pregiudichi parità di trattamento e libertà di prestazione di servizi, la limitazione nell'accesso al mercato non dipenderebbe dalla sostituzione della gara pubblica con l'affidamento *in house*, ma sarebbe correlata a ragioni strutturali di quel determinato mercato o alla decisione a monte di riservare in esclusiva la gestione del servizio. Vero è che l'affidamento diretto elimina la concorrenza per il mercato, precludendo agli operatori economici di partecipare alla gara in vista di un possibile affidamento del servizio. Ma, come anche confermato dal diritto europeo, è l'opzione per l'autoproduzione ad escludere la procedura di gara, se e in quanto l'affidamento sia disposto in favore di un organismo qualificabile come mera articolazione interna dell'amministrazione. Si torna così a quanto già in precedenza evidenziato, ossia che ogni eventuale criticità non si annida nell'affidamento *in house* ma nella scelta di fondo che prefigura la gestione riservata del servizio. Per contro, nelle ipotesi in cui l'espletamento del servizio avvenga in un mercato aperto e concorrenziale, l'accesso al mercato sarebbe garantito anche ad altri operatori economici e non sarebbe precluso dall'eventuale ricorso all'affidamento diretto.

3.3. Considerazioni sull'onere motivazionale previsto dall'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016

A questo punto l'onere motivazionale previsto dall'articolo 192 deve essere più a fondo esaminato con riferimento ai principi costituzionali.

In linea generale, la previsione di un onere motivazionale per giustificare una scelta organizzativa rappresenta la concreta applicazione dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, che richiedono di dimostrare la convenienza della scelta in relazione all'economicità e alla coerenza rispetto all'interesse pubblico da perseguire.

Tuttavia, se si assume che la libertà organizzativa implichi la possibilità di più scelte poste sullo stesso piano, l'onere motivazionale non può risolversi nella creazione di una gerarchia tra le varie opzioni percorribili. Come già detto in precedenza, la libertà organizzativa rischia di essere compromessa da una motivazione che richieda la dimostrazione dell'impossibilità o inutilità di ricorrere al mercato, perché in tal modo il modello dell'autoproduzione risulta subordinato al modello dell'esternalizzazione. Piuttosto, la motivazione dovrebbe limitarsi ad individuare le ragioni della scelta sotto il profilo di convenienza economica e di coerenza con gli obiettivi da raggiungere, evidenziando gli elementi che inducono l'amministrazione a prediligere l'affidamento *in house* rispetto alla gara pubblica. Ciò che contrasta con la libertà organizzativa è una motivazione che presupponga un ordine obbligato di preferenza tra le diverse modalità di affidamento, senza che tale ordine preferenziale sia previsto dall'ordinamento nazionale o

dall'ordinamento europeo.

A ben vedere, la formulazione letterale della norma, nella parte in cui richiede di dare conto delle "*ragioni del mancato ricorso al mercato*", non sembra di molto discostarsi dalla ricostruzione proposta, considerato che evidenziare le "*ragioni del mancato al ricorso al mercato* " non significa dare conto dell'impossibilità di rivolgersi al mercato, ma soltanto illustrare le ragioni per cui si preferisce affidare *in house* il servizio anziché attivare una procedura di gara. Andrebbero pertanto evitate interpretazioni restrittive della norma che, in contrasto con la sua formulazione letterale, dilatino l'onere motivazionale sino a imporre una compiuta dimostrazione del fallimento del mercato**[49]**.

Va ribadito che, attualmente, solo l'affidamento *in house* è assoggettato al severo onere motivazionale previsto dall'articolo 192. Nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la motivazione a sostegno delle altre modalità di affidamento è quella prevista dal già ricordato articolo 34, co. 20 del D.l. n. 179 del 2012, secondo cui "*per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*". Come è agevole constatare, si tratta di un onere motivazionale piuttosto blando che, diversamente da quanto previsto dall'articolo 192, richiede di dare conto soltanto "*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*".

Senonchè, al fine di evitare irragionevoli sperequazioni, lo stesso onere motivazionale dovrebbe riguardare tutte le modalità di affidamento riconducibili alla libertà organizzativa. Diversamente, si viene a creare una discriminazione tra modalità di affidamento che dovrebbero risultare tutte poste sullo stesso piano. La garanzia di un uguale onere motivazionale potrebbe realizzarsi o estendendo alle modalità di affidamento diverse dall'i*n house* un onere motivazionale analogo a quello previsto dall'articolo 192, nell'interpretazione che si è ritenuta preferibile; o abrogando l'articolo 192 e riconducendo l'onere motivazionale dell'*in house* in quello previsto dall'articolo 34, co.20; ovvero adottando una nuova disciplina che assoggetti tutte le modalità di affidamento al medesimo onere motivazionale. Solo così sarebbe assicurata concreta e uniforme attuazione ai principi d'imparzialità e buon andamento, nell'obiettivo che

tutte le scelte organizzative siano adeguatamente motivate in relazione all'economicità e alla coerenza rispetto agli obiettivi prefissati.

Ciò è tanto più necessario in un momento particolarmente critico come l'attuale, dove si avverte più forte l'esigenza di una libertà organizzativa che consenta all'amministrazione di scegliere le più opportune modalità di affidamento, in assenza di un rigido ordine preferenziale imposto e predeterminato dalla legge. Basti osservare che, nell'attuale fase pandemica, la scelta dell'*in house* potrebbe meglio preservare l'esecuzione del servizio da eventuali *shock* esogeni ascrivibili al contesto internazionale; consentirebbe all'ente locale, in quanto proprietario della società, di imporsi agevolmente nelle scelte gestionali, anche al fine di garantire un pronto adeguamento del servizio alla realtà in continuo divenire; eliminerebbe le possibili litigiosità che generalmente caratterizzano l'espletamento di una gara ovvero il rapporto con il privato esecutore del servizio. Viceversa, l'affidamento a terzi potrebbe assicurare soluzioni più tecnicamente qualificate, consentendo all'ente di beneficiare delle migliori capacità professionali rinvenibili sul mercato, ovvero garantire un sostegno alle imprese già fortemente colpite dalla negativa congiuntura economica determinata dalla pandemia. Come può desumersi da questi pochi esempi, la libertà organizzativa non dovrebbe risultare compromessa da oneri motivazionali eccessivamente restrittivi, piuttosto dovrebbe esprimersi in scelte adeguatamente motivate in funzione dei bisogni che l'emergenza richiede di fronteggiare.

4. Servizi pubblici e apporto dei privati. Considerazioni generali sul principio di sussidiarietà

La disciplina restrittiva degli affidamenti *in house* viene talvolta giustificata anche in base al principio di sussidiarietà orizzontale**[50]**. Lo stesso principio è spesso invocato per inquadrare il coinvolgimento dei privati nella gestione dei servizi pubblici, in particolare dei servizi sociali. Tuttavia, il richiamo alla sussidiarietà appare più enunciato che specificamente argomentato e non sempre è il riflesso di una chiara e univoca concettualizzazione del principio. Ragion per cui è opportuno soffermarsi sull'effettiva consistenza del principio, per verificare in che termini sia possibile accostare la sussidiarietà orizzontale ai servizi pubblici.

Come desumibile dall'articolo 118, co. 4, Cost, il principio di sussidiarietà orizzontale implica un *favor* per l'iniziativa dei cittadini nell'ambito delle attività d'interesse generale**[51]**. Le iniziative dei cittadini devono essere prese in considerazione dal soggetto pubblico, devono essere

incoraggiate, non devono essere ostacolate Tuttavia, il principio non individua in via assoluta a chi spetti assolvere una determinata attività d'interesse generale, se il soggetto privato o il soggetto pubblico, ma si limita a indicare il percorso logico e giuridico da seguire per identificare quale tra i diversi soggetti sia il più idoneo a garantire l'esercizio di quell'attività. Così, il principio di sussidiarietà si risolve in un criterio procedurale, in base al quale il soggetto pubblico è chiamato a verificare se un'attività riconosciuta (o riconoscibile) come d'interesse generale possa essere adeguatamente svolta dai privati e, in caso positivo, a non ostacolare l'autonoma iniziativa dei cittadini ovvero ad adoperarsi affinchè tale iniziativa trovi concreta attuazione**[52]**. Sarebbe questo il significato evincibile dall'articolo 118 Cost., nella parte in cui stabilisce che "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*".

Senonchè, quando si passano a individuare più a fondo i contenuti della norma costituzionale, l'effettiva dimensione del principio si fa più incerta e problematica. Una prima criticità deriva dalla locuzione "attività d'interesse generale" impiegata dall'articolo 118 Cost. In particolare, si tratta di chiarire cosa debba intendersi per attività d'interesse generale, se un'attività identificabile nelle funzioni amministrative propriamente intese, nei servizi pubblici in senso lato, ovvero in altre attività che, seppur d'interesse generale, non raggiungono la qualificazione delle prime due tipologie. In linea di massima, le attività d'interesse generale non possono essere le funzioni autoritative, tradizionalmente riservate al soggetto pubblico. Nei casi in cui una funzione di tal genere sia esercitata dai privati, rileva il diverso fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni che nulla ha a che vedere con il principio di sussidiarietà. Viceversa, le attività d'interesse generale potrebbero senz'altro identificarsi nelle attività di servizio pubblico, che ben possono essere svolte da soggetti privati, ma un'attività di servizio pubblico mal si concilia con l'autonoma iniziativa dei cittadini che deve sorreggere l'attività d'interesse generale **[53]**. Infatti, a prescindere da chi in concreto la svolga, l'attività di servizio pubblico è tale in quanto viene assunta e organizzata dall'amministrazione, dopo aver constatato la necessità dell'intervento pubblico per garantire soddisfazione a determinati bisogni. Ciò non significa che, nell'ambito dei servizi pubblici, il principio di sussidiarietà sia privo di concreta rilevanza. Nel suo più generale significato, esso dovrebbe indurre l'amministrazione a verificare se, per soddisfare un determinato bisogno, sia effettivamente necessario istituire un servizio pubblico, o se invece quel bisogno possa essere soddisfatto attraverso le autonome iniziative di cittadini concretamente riscontrabili nel tessuto sociale di riferimento. La rilevanza è circoscritta nella fase a monte dell'individuazione del servizio, ma non si estende nella fase a valle dove l'attività

resta pur sempre di pertinenza pubblica anche se svolta da un privato.

Vi sono poi delle attività che, pur se non qualificabili come servizi pubblici perché non assunte dall'amministrazione nell'ambito dei suoi compiti istituzionali, sono pur sempre destinate a soddisfare determinati bisogni emersi nel tessuto sociale. In base alle più recenti esperienze, si possono richiamare le attività di cura del decoro dei centri abitati e dei beni comuni, le attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, l'attività di gestione degli spazi verdi, alcune iniziative culturali e di utilità sociale, ossia tutte attività variamente inquadrabili in forme di "cittadinanza attiva o praticata"[54]. In questi casi, il principio di sussidiarietà diventa lo strumento attraverso il quale gli interessi emersi nella società assumono un preciso rilievo giuridico in relazione agli apparati pubblici, oltre e al di fuori della dimensione propria dell'autonomia privata. Sono principalmente queste le attività d'interesse generale a cui si riferisce l'articolo 118 Cost. e la loro valorizzazione rappresenta uno degli elementi più significativi implicati dalla norma costituzionale[55].

4.1. Principio di sussidiarietà e ruolo dei privati nella definizione di bisogni e interventi

Il richiamo al principio di sussidiarietà per giustificare la disciplina restrittiva sull'affidamento *in house* non appare più di tanto conferente. In linea di principio, affidare un servizio pubblico sul mercato piuttosto che in via diretta ad una società pubblica è certamente coerente con il principio di sussidiarietà, in quanto la concreta esecuzione del servizio segna un arretramento del pubblico a vantaggio del privato. Tuttavia, va ribadito quanto già detto a proposito della difficoltà di inquadrare i servizi pubblici nelle attività d'interesse generale. Una volta che una determinata prestazione viene assunta come servizio pubblico, risulta complessivamente assorbita nella dimensione pubblica, a prescindere dalla natura del soggetto che in concreto esegue la prestazione. Se la prestazione è erogata da un privato, l'attività è svolta in un contesto organizzativo predisposto dall'amministrazione e non è pertanto ascrivibile all' "*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati*"[56]. Conseguentemente, l'eventuale affidamento del servizio a terzi ovvero a una società *in house* non rileva ai fini del principio di sussidiarietà, ma rientra nelle modalità organizzative a disposizione del soggetto pubblico per garantire la soddisfazione dei bisogni. Come già precisato, un'eventuale rilevanza della sussidiarietà verrebbe a collocarsi all'atto di valutare se i bisogni debbano essere soddisfatti mediante un intervento pubblico, nelle forme del servizio pubblico, ovvero se possano essere adeguatamente garantiti dall' "*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati*". Il carattere procedurale del principio richiederebbe che il soggetto pubblico debba farsi carico di tale valutazione e che, ove

riscontri un'adeguata iniziativa privata, si astenga dall'istituire il servizio pubblico.

Considerazioni analoghe possono valere anche a proposito del coinvolgimento dei privati nell'ambito dei servizi sociali. Se, infatti, il coinvolgimento si esaurisce nell'affidamento a terzi di un determinato servizio, o nella possibilità che terzi eseguano le prestazioni di servizio pubblico, le conclusioni sarebbero le stesse di quelle raggiunte per l'affidamento *in house*. In quanto assunta come servizio pubblico, l'attività sarebbe inquadrabile in un'apposita iniziativa dell'amministrazione e l'esecuzione da parte del privato rifletterebbe la prescelta modalità organizzativa.

Senonchè, l'attuale disciplina di riferimento prevede anche delle diverse forme di coinvolgimento dei privati che, lungi dall'esaurirsi nel momento esecutivo della prestazione, riguardano a monte la fase dell'individuazione dei bisogni e degli interventi necessari per soddisfare quei bisogni. Significativa in tal senso è la disciplina dell'articolo 55 del d.lgs. 2017, che prevede il coinvolgimento degli enti del Terzo settore nella fase di coprogrammazione e coprogettazione dei servizi sociali. Più esattamente, la norma stabilisce che *"in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona"*, precisando che *"la co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili"* e che *"la co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2"*[57].

Così, il coinvolgimento dei privati si estende all'individuazione dei bisogni da soddisfare e alla definizione degli interventi necessari per soddisfare quei bisogni, assumendo una diversa e più ampia dimensione oltre l'ambito meramente esecutivo.

In questa prospettiva, non sembra erroneo invocare il principio di sussidiarietà a sostegno del più incisivo coinvolgimento dei privati riconosciuto dall'ordinamento. È pur vero che il coinvolgimento s'inquadra sempre nell'ambito di un'iniziativa pubblica finalizzata alla soddisfazione di bisogni generali, ma l'apporto dei privati rileva direttamente nell'organizzazione del servizio contribuendo a meglio individuare quei bisogni e a definire gli interventi necessari[58]. In altri termini, l'individuazione dei bisogni e la definizione degli interventi non sono il frutto dell'esclusiva iniziativa pubblica, ma dipendono e sono correlati ad una specifica iniziativa privata che giustifica l'evocazione del principio di sussidiarietà. È solo riconoscendo questo rinnovato spazio all'iniziativa privata che il principio di sussidiarietà può coniugarsi con l'organizzazione dei servizi pubblici, come anche recentemente affermato dalla Corte costituzionale proprio in relazione alla disciplina del Terzo settore. Si potrà discutere se il fenomeno, più che nel principio di sussidiarietà, sia meglio inquadrabile nelle c.d. forme di amministrazione condivisa, variamente incentrate sulla collaborazione tra privato e amministrazione nei diversi ambiti e livelli dell'azione amministrativa[59]. Tuttavia, l'inquadramento nell'articolo 118 Cost. consente una diversa valorizzazione del principio di sussidiarietà, estendendone l'applicazione ad ambiti essenzialmente già ricompresi nel perimetro pubblico. Resta inteso che, per garantire concreta attuazione al principio in questa accezione, non è sufficiente la mera previsione normativa ma occorrono adeguate forme di tutela procedimentale e giurisdizionale. Sotto questo profilo, il sindacato di ragionevolezza del giudice amministrativo e l'attuale conformazione del procedimento possono ritenersi funzionali allo scopo.

5. Osservazioni conclusive. La via intrapresa dal Piano nazionale di ripresa e resilienza

Il coinvolgimento dei privati nella definizione dei bisogni e degli interventi caratterizza ormai stabilmente l'ambito dei servizi pubblici, con particolare riferimento ai servizi sociali. Oltre a prefigurare nuove implicazioni del principio di sussidiarietà, il fenomeno tende a garantire la rispondenza del servizio pubblico ai reali bisogni della comunità, assumendo un ruolo decisivo proprio nei momenti critici come l'attuale, dove le esigenze sono nuove, mutevoli e straordinarie. Il fatto che alcune delle misure adottate per fronteggiare la pandemia valorizzino questo confronto tra pubblico e privato ne conferma la rilevanza e la sua progressiva espansione[60].

Viceversa, l'attuale quadro normativo di riferimento, così come interpretato da una parte della giurisprudenza, non sembra garantire appieno la libertà dell'amministrazione nell'organizzazione dei servizi pubblici. Un'interpretazione troppo restrittiva dell'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016, quale anche emersa nei più recenti arresti giurisprudenziali, finisce per relegare l'affidamento *in house* a modalità eccezionale rispetto all'affidamento in esito a procedura di gara. Si rischia così di irrigidire eccessivamente l'autonomia organizzativa dell'amministrazione, quando invece, soprattutto in un momento critico come l'attuale, le si dovrebbe riconoscere maggiore flessibilità per fronteggiare esigenze nuove, mutevoli e straordinarie. In tal senso è auspicabile un'interpretazione dell'articolo 192 più rispettosa della libertà organizzativa dell'amministrazione, che non si serva dell'onere motivazionale per creare una gerarchia tra autoproduzione ed esternalizzazione, ma che riporti l'onere motivazionale alla sua funzione naturale di giustificazione della scelta sotto il profilo della convenienza, dell'economicità e della coerenza rispetto agli obiettivi prefissati.

In questa direzione non sembra, tuttavia, muoversi il Piano nazionale di ripresa e resilienza recentemente adottato dal Governo. Così riporta testualmente la parte dedicata ai servizi pubblici: "*in materia di servizi pubblici, soprattutto locali, occorre promuovere un intervento di razionalizzazione della normativa, anche prevedendo l'approvazione di un testo unico, che in primo luogo chiarisca il concetto di servizio pubblico e che assicuri – anche nel settore del trasporto pubblico locale – un ricorso più responsabile da parte delle amministrazioni al meccanismo dell'in house providing. In questa prospettiva, pur preservandosi la libertà sancita dal diritto europeo di ricorrere a tale strumento di autoproduzione, andranno introdotte specifiche norme finalizzate a imporre all'amministrazione una motivazione anticipata e rafforzata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, dei benefici della forma dell'in house, dal punto di vista finanziario e della qualità dei servizi e dei risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in auto-produzione, o comunque a garantire una esaustiva motivazione dell'aumento della partecipazione pubblica*".

A parte il fatto che già oggi l'*in house* è assoggettato ad una disciplina particolarmente restrittiva, il Piano recepisce e fa proprio l'indirizzo prevalente che vede nell''affidamento *in house* una modalità eccezionale e derogatoria delle regole concorrenziali. Lungi dall'acquisire l'auspicata flessibilità, l'autonomia organizzativa resterà così compressa da quegli stessi limiti che tuttora gravano sull'affidamento *in house*.

[1] cfr. d.l. 17 marzo 2020 n. 18; d.l. 19 maggio 2020 n. 34; d.l. 14 agosto 2020 n. 104.

[2] Cfr. art. 3 D.L. 17 marzo 2020 n. 18, ai sensi del quale "le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e le aziende sanitarie possono stipulare contratti ai sensi dell'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre1992, n. 502 per l'acquisto di ulteriori prestazioni sanitarie, in deroga al limite di spesa di cui all'articolo 45, comma 1-ter, del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157, nel caso in cui: a) la situazione di emergenza dovuta alla diffusione del COVID-19 richieda l'attuazione nel territorio regionale e provinciale del piano di cui alla lettera b) del presente comma; b) dal piano, adottato in attuazione della circolare del Ministero della salute prot. GAB 2627 in data 1° marzo 2020, al fine di incrementare la dotazione dei posti letto in terapia intensiva e nelle unità operative di pneumologia e di malattie infettive, isolati e allestiti con la dotazione necessaria per il supporto ventilatorio e in conformità alle indicazioni fornite dal Ministro della salute con circolare prot. GAB 2619 in data 29 febbraio 2020, emerga l'impossibilità di perseguire gli obiettivi di potenziamento dell'assistenza indicati dalla menzionata circolare del 1° marzo 2020 nelle strutture pubbliche e nelle strutture private accreditate, mediante le prestazioni acquistate con i contratti in essere alla data del presente decreto".

[3] Per rafforzare l'assistenza territoriale, la legge di bilancio 2021 (art. 1 comma 406 l. 178/2020) ha esteso parte della disciplina di cui al d.lgs. n. 502 del 1992 alle "organizzazioni pubbliche e private autorizzate per l'erogazione di cure domiciliari»; cfr. anche art. 1 co.4, d.l. 19 maggio 2020 n. 34.

[4] Cfr. art. 8 d.l. 9 marzo 2020 n. 14 e poi art. 4 *bis*, d.l. 18/2020, cit.

[5] Cfr. decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 4 marzo 2020.

[6] Cfr. decreto del Ministero dell'Istruzione 26 giugno 2020 n. 39, recante "Adozione del documento per pianificazione attività scolastiche educative e formative in tutte le Istituzioni del Sistema nazionale di istruzione per a.s. 2020 2021".

[7] Cfr. decreto del Ministero dell'Istruzione 26 giugno 2020 n. 39, cit., secondo cui "per la più ampia realizzazione del servizio scolastico nelle condizioni del presente scenario, gli Enti locali, le istituzioni pubbliche private operanti sul territorio, le realtà del terzo Settore e le scuole possono sottoscrivere specifici accordi quali patti educativi di comunità. Il coinvolgimento dei vari soggetti pubblici e degli attori privati, in una logica di massima adesione al principio di sussidiarietà e corresponsabilità educativa, avviene attraverso lo strumento della conferenza di servizi prima richiamato, chiamata a valutare le singole proposte di cooperazione e le modalità di realizzazione: – favorire messa a disposizione altre strutture o spazi come parchi teatri

biblioteche, cinema, musei per svolgervi attività didattiche complementari a quelle tradizionali, comunque volte a finalità educative; – sostenere autonomie scolastiche nella costruzione delle collaborazioni che possano concorrere all'arricchimento dell'offerta educativa".

[8] Cfr. artt. 104 e 105 d.l. 34/2020, cit.

[9] Cfr. art. 89, co. 2 bis, d.l. 34/2020, cit., secondo cui "i servizi previsti all'articolo 22, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328, sono da considerarsi servizi pubblici essenziali, anche se svolti in regime di concessione, accreditamento o mediante convenzione, in quanto volti a garantire il godimento di diritti della persona costituzionalmente tutelati. Allo scopo di assicurare l'effettivo e continuo godimento di tali diritti, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito delle loro competenze e della loro autonomia organizzativa, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, definiscono le modalità per garantire l'accesso e la continuità dei servizi sociali, socio-assistenziali e socio-sanitari essenziali di cui al presente comma anche in situazione di emergenza, sulla base di progetti personalizzati, tenendo conto delle specifiche e inderogabili esigenze di tutela delle persone più esposte agli effetti di emergenze e calamità. Le amministrazioni interessate provvedono all'attuazione del presente comma nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". I servizi previsti dall'art. 22 co. 4 l 328 2000 riguardano il servizio sociale professionale e segretariato sociale per informazione e consulenza al singolo e ai nuclei familiari; il servizio pronto intervento sociale per situazioni di emergenza personale e familiari; l'assistenza domiciliare; le strutture residenziali e semiresidenziali per soggetti con fragilità sociali; i centri di accoglienza residenziali o diurni a carattere comunitario.

[10] Cfr. art. 39 d.l. n. 104/2020, cit.

[11] Cfr. art. 106 d.l. n. 34/2020, cit.

[12] Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 aprile 2020; cfr. anche art. 200, d.l. n. 34/2020, cit.; sul tema, M. CARRER, *Il traporto pubblico locale nella pandemia. Annotazioni giuridiche sui primi interventi normativi,* in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020.

[13] In argomento, G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 3/2020, 453 ss.

[14] Corte costituzionale, 12 marzo 2021 n. 37, in *www.cortecostituzionale.it*.

[15] Cfr. artt. 1-2, d.l. 25 marzo 2020 n. 19.

[16] Come noto, nell'ambito della nozione di servizio d'interesse generale sono ricompresi i servizi d'interesse economico generale e servizi non economici d'interesse generale.

[17] La Comunicazione della Commissione UE I servizi d'interesse generale in Europa, 2001/C 17/04, definisce i servizi d'interesse generale differenziandoli dai servizi ordinari di cui all'art. 57 TFUE. Al riguardo, precisa che "i servizi d'interesse economico generale si differenziano dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo [...] se le autorità pubbliche ritengono che alcuni servizi siano d'interesse generale e che i meccanismi del mercato potrebbero non essere in grado di garantire una prestazione soddisfacente, esse possono stabilire che le richieste di taluni specifici servizi siano soddisfatte mediante obblighi di servizio d'interesse generale. Per l'esecuzione di questi obblighi possono, ma non necessariamente devono, essere concessi diritti speciali o esclusivi, o anche essere disposti specifici meccanismi di finanziamento".

[18] Più esattamente, la qualificazione di un'attività come servizio d'interesse generale è il frutto di una valutazione discrezionale riservata agli Stati membri, che può essere sindacata dalla Commissione solo per errore manifesto; per riferimenti giurisprudenziali, C. FRATEA, art 106 TFUE, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 841 ss.; sui servizi d'interesse generale e relative questioni, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica,* Torino, 2000, 103 ss.; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 147 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi d'interesse generale* , in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 47 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione,* Padova, 2010, 27 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza, in Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 53 ss.; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi,* Torino, 2018.

[19] Cfr. articolo 106, co. 2, TFUE, ai sensi del quale "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione".

[20] Corte di giustizia, sentenza 10 dicembre 1991, c-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, secondo cui "la deroga all'applicazione delle norme del Trattato stesso è subordinata

non solo al fatto che i pubblici poteri abbiano affidato all'impresa di cui trattasi la gestione di un servizio economico d'interesse generale, ma anche al fatto che l'applicazione delle norme del Trattato osti all'adempimento della specifica missione affidatale e che non venga compromesso l'interesse della Comunità"; Tribunale, Terza Sezione ampliata, 12 febbraio 2008, causa T – 289/03.

[21] La giurisprudenza europea non esclude che le attività economiche possano svolgersi sulla base di diritti speciali o esclusivi, a condizione che sussistano ragioni d'interesse generale e che il conferimento dei suddetti diritti speciali o esclusivi non determini una violazione delle regole di concorrenza previste dal Titolo VII, Capo II, del TFUE, artt. 101 -108 (nella giurisprudenza europea il principio viene affermato già con la sentenza della Corte, 30 aprile 1974, C. 155-73, Sacchi). Sul tema, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Sesta edizione, Torino, 2019, 27 ss.

[22] L'articolo 106, co.1, TFUE prevede che "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e dal 101 a 109 inclusi".

[23] Cfr. anche Protocollo n. 26 sui servizi d'interesse generali allegato al TFUE.

[24] In argomento, F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *Federalismi.it*, 13 luglio 2016; D. DE BLASI, *I servizi pubblici locali tra riforma e riedizione di vecchi modelli*, in *Il Corriere del merito*, le Rassegne, 3/2011, 5 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.

[25] Corte di Giustizia CE, 18.11.1999, causa C-107/98, Teckal.

[26] Cfr. art. 17 Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; per approfondimenti sulla Direttiva, G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss.; per quanto riguarda il recepimento della normativa europea nel diritto interno, cfr. art. 5, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché art. 16, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175; in generale, sulla disciplina europea degli affidamenti *in house*, M.A. SANDULLI – F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in *Libro dell'Anno 2016*, AA.VV., Roma, 2016, 228 ss.; F. CINTIOLI, *La nuova disciplina europea degli affidamenti in house e i dubbi italiani*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2018, I, 673 ss.

[27] Così, Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen Gmbh; cfr. anche Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, C – 324/07, Coditel Brabant SA, secondo cui "l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa se, al tempo stesso, il controllo esercitato sull'ente concessionario dell'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che detengono".

[28] Su questi temi, M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza,* in *Riv. ital. dir. pubbl. com*., 2020, 53 ss.

[29] Sulla disciplina costituzionale dell'attività economica la letteratura è estremamente ampia; senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia, in particolare, a S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost*., 1960, 1332 ss.; C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost*., 1962, 33 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; Id., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, vol. V, 374 ss.; Id., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC* 2011, nonché in *Dir. e soc*., 4/2011, 636 ss.; F.TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir*., 1992, 3 ss.; C. MARZUOLI, *Mercato e valore dell'intervento pubblico,* in *Le Regioni*, 1993, 1593 ss.; AA.VV., *La Costituzione economica* – Atti del Convegno Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, 1997; M. PELLEGRINI, a cura di, *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016; M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost*., 2/2019, 315 ss.; E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2018; M. AINIS – G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza* (Atti del Convegno di Studi – I fondamenti costituzionali della concorrenza Roma, 10 maggio 2018), Bari, 2019; C. PINELLI, *L'iniziativa economica pubblica nella Costituzione italiana,* in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, a cura di V. Cerulli Irelli e M. Libertini, Napoli, 2019, 5 ss.; per una prospettiva specificamente incentrata sull'attività di regolazione, A. RIVIEZZO, *Il doppio stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013; con riferimento al rapporto tra libertà di iniziativa economica e servizi pubblici locali, D. SORACE, *Note sui "servizi pubblici locali" dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati, in Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1141 ss.; sull'evoluzione della c.d. "costituzione economica", S. CASSESE, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Sesta edizione riveduta e aggiornata, Bari, 2021, nonché G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015.

[30] Sull'accezione di concorrenza implicata dal diritto europeo, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm*., 1-2/2013, 15 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; in generale, sulla concorrenza nel diritto europeo, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014; G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Torino 2019; L. PACE, a cura di, *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020; A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, a cura di, *Diritto antitrust*, Milano, 2021, 3 ss.

[31] Cfr. art. 117, lettera e), Cost.

[32] Sui termini del dibattito, si rinvia ai contributi raccolti in *La Costituzione economica*, cit., e, in particolare, all'intervento di G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, *ivi*, cit., 7 ss.; si veda anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, 93 ss.; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit., 50 ss. (la numerazione si riferisce al contributo pubblicato sulla Rivista AIC).

[33] Sulla concorrenza e le relative questioni definitorie, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir*., Annali III, Milano, 2010, 191 ss.; sulla concorrenza nella Costituzione, oltre ai contributi citati nella nota 29, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost*., 2005, 1429 ss.; M. ZOTTA, *La concorrenza nella Costituzione e nei trattati*, in *Diritto antitrust*, a cura di A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, Milano, 2021, 3 ss.

[34] Cfr., ad esempio, Corte cost., 17 novembre 2010 n. 325, che, a proposito delle restrizioni all'affidamento *in house* previste dall'art. 23 *bis* d.l. n. 112 del 2008, ha rilevato che le suddette restrizioni "si risolvono 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 comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica"; per una critica della giurisprudenza costituzionale che inquadra la regola della procedura di gara in una regola di concorrenza, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit., 41 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, cit., 736 ss.; sul tema generale della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg*., 3/2014, 503 ss.; A. ARGENTATI, *L'iniziativa economica pubblica e il mercato nella giurisprudenza costituzionale.*

Brevi note critiche, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, cit., 17 ss.

[35] Come noto, l'articolo 345 TFUE prevede che "i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri", affermando in ciò il principio di neutralità del diritto europeo rispetto al regime di proprietà vigente negli Stati membri.

[36] Con riferimento alle limitazioni alla capacità di agire di diritto privato previste dal d.lgs. n. 175/2016, A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato della p.a.*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di N. LONGOBARDI, Torino, 2016, 189 ss.; F. MERUSI, *I principi costituzionali*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 21 ss.; M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa pubblica alla luce del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, cit., 45 ss.

[37] F. FRANCARIO, *Requisiti speciali di capacità dei concorrenti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, II, 953, sottolinea che le previsioni in materia di gare pubbliche sono principalmente dirette a garantire i principi di buon andamento e imparzialità: "la garanzia della libertà di concorrenza e di mercato rimane pur sempre un mezzo rispetto al fine ultimo che deve essere perseguito da una pubblica amministrazione, che è quello di garantire il rispetto del principio di buon andamento e imparzialità nella cura dell'interesse pubblico (art. 97 Cost.), ormai riconosciuto anche in ambito comunitario come diritto d una buna amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).".

[38] Testualmente, l'articolo 192, co.2, d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che "ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonchè dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonchè di ottimale impiego delle risorse pubbliche"; per un approfondito commento della norma, M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, I, 747 ss.;

[39] cfr. Cons. St., Sez. III, 3 marzo 2020 n. 1564: "giova ricordare che l'art. 192, comma 2, del Codice degli appalti pubblici (d. lgs. n. 50 del 2016) impone che l'affidamento *in house* di servizi

disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento *in house*, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società *in house* invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefìci per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house* (dimostrazione che non è invece necessario fornire in caso di altre forme di affidamento – con particolare riguardo all'affidamento tramite gare di appalto -). Anche qui la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regìme di delegazione interorganica, relegandoli ad un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese".

[40] Per uno sguardo d'insieme sulle questioni rispettivamente sollevate innanzi alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale, C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co.2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità comunitaria,* in *Federalismi.it*, 17 aprile 2019.

[41] Per l'inquadramento dell'affidamento *in house* nella libertà (autonomia) organizzativa dell'amministrazione, non solo con riferimento al contesto europeo ma anche a quello nazionale, D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società mite, in house providing e partenariato pubblico – privato,* in *Dir. amm.*, 4/2005, 915 ss.; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm., 1/2006*, 51 ss.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto –produzione degli enti locali,* Napoli, 2012; R. CAVALLO PERIN, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa* (Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014), a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2014, 23 ss.; R. CAVALLO PERIN – G. RACCA, *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone,* Napoli, 2018, I, 489 ss.; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi*

e nuovi, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1169 ss.; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, cit.; F. FRACCHIA – S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in *Le società in house*, a cura di M. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donativi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, Napoli, 2020, 5 ss.; M. PIZZI, *Affidamenti in house,* cit., 747 ss.; con riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 175 del 2016, M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel TU partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in *I servizi pubblici. Vecchi problemi e nuove regole*, a cura di L. AMMANNATI e R. CAFARI PANICO, Torino, 2018, 3 ss.

[42] Più esattamente, Cons. St., Sez. V, ord. 7 gennaio 2019 n. 138 ha rimesso alla Corte di Giustizia il quesito "se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del 'Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto"; per un commento all'ordinanza di rimessione, L. LONGHI, *L'in house providing tra libera autodeterminazione delle amministrazioni pubbliche e principio di concorrenza*, in *Riv. Corte dei conti*, 1/2019, 280 ss.

[43] La questione è stata sollevata dal TAR Liguria, Sez. II, 15 novembre 2018 n. 886.

[44] Corte di giustizia UE, Sez. IX, 6 febbraio 2020 n. C-89/19 a C-91/19; per un commento alla decisione, C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti in house*, in *Urb. app*., 3/2020, 354 ss.; H. BONURA – M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. Corte dei conti*, 3/2020, 18 ss.; G. SCARAFIOCCA, *L'in house providing di nuovo all'attenzione delle Corti. L'occasione per uno sguardo d'insieme*, in *Federalismi.it,* 10 febbraio 2021.

[45] Si tratta di conclusioni analoghe a quelle di Corte di giustizia UE, IV Sezione, 3 ottobre 2019, causa C-285/18, Irgita.

[46] Corte cost., 27 maggio 2020 n. 100; per un commento alla sentenza, M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020 n. 100)*, in *Giustizia Insieme*, 11 giugno 2020; M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidmento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Riv. Corte dei conti*, 3/2020, 182 ss.; H.

BONURA – M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, cit., 18 ss.

[47] Al di là della questione relativa alla motivazione, merita una precisazione l'ulteriore assunto della Corte di giustizia, secondo cui la scelta organizzativa dovrebbe essere comunque caratterizzata dal "rispetto delle regole fondamentali del Trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza". Negli specifici casi in cui il servizio affidato *in house* sia espletato in esclusiva la condizione posta dalla Corte deve ritenersi assorbita e soddisfatta dalla sussistenza dei requisiti dell'*in house* e di quelli richiesti per la qualificazione dell'attività in termini di servizio d'interesse generale, dal momento che, come si è visto, è solo in questi casi che è possibile ipotizzare una deroga ai richiamati principi e libertà previsti dal trattato. Diversamente, il rispetto della condizione sarebbe impossibile, poiché richiederebbe l'osservanza di principi e libertà che la sussistenza dei suddetti requisiti tende a escludere.

[48] F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit., 15 ss.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, cit., 723 ss.

[49] Recentemente, Cons. St., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, ha evidenziato che l'onere motivazionale di cui all'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 non richiede "un confronto concorrenziale preliminare tra i due modelli di gestione del servizio" e che "che la motivazione sottesa all'opzione internalizzante può assumere carattere "unitario", siccome idonea a dare conto, ad un tempo, delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività attesi dal modello in house"; per un commento alla decisione, A. SQUAZZONI, *Affidamento in house e motivazione del mancato ricorso al mercato*, in *Giustizia Insieme*, 18 maggio 2021.

[50] In argomento, A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost*., 2008, 5009 ss.; si vedano anche le considerazioni di F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria,* in *Le nuove società partecipate e in house providing,* a cura di S. FORTUNATO E F. VESSIA, Milano, Giuffrè, 2017, 271 ss, secondo cui "il fondamento di legittimità degli affidamenti in house, ossia il principio di necessarietà e proporzionalità in applicazione della regola della sussidiarietà orizzontale, deriva dalle fonti comunitarie e costituisce il recepimento delle interpretazioni che la Corte di Giustizia ha fatto

dell'articolo 1056, c.2. TFUE e che le istituzioni comunitarie hanno ribadito nelle fonti sui SIEG"; Id., *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari*, Napoli, 2020, 84 ss.; per una diversa prospettiva, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 27, spec. nota 67, la quale ritiene che la disciplina di cui all'articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 non sia attuazione del principio di sussidiarietà, ma s'inquadri nelle modalità organizzative di un'attività riconducibile alla sfera pubblica. Nella ricostruzione dell'A., la sussidiarietà non potrebbe venire in rilievo quando l'attività sia stata ormai assunta tra i compiti pubblici: "la pertinenza del servizio della cui gestione si tratta alla sfera pubblica presuppone che la questione della sussidiarietà sia superata".

[51] Per un inquadramento del principio di sussidiarietà, si vedano i contributi raccolti in *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini, 1997; G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; Id., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, II, 2005, 1752 ss.; A. RIVIEZZO, *L'associazionismo economico nei rapporti coi soggetti pubblici: rappresentanza degli interessi e c.d. principio di sussidiarietà*, in *Riv. giur. mezz.*, 2-3/2006, 377 ss.; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2909 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1133 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, T*eoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 3 ss.; più in generale, nella prospettiva di una sovranità orizzontale, E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità orizzontale*, Pisa, 2010.

[52] G. U RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 14: "come si vede si tratta di non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente".

[53] Per queste considerazioni, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 28 ss.

[54] Ai fini della qualificazione delle attività d'interesse generale, è utile segnalare che l'articolo 5 del d.lgs. 117 del 2017, rubricato "attività d'interesse generale", prevede che "gli enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali incluse le cooperative sociali, esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale".

[55] Su questi aspetti, sia consentito rinviare a E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 2/2019, 339 ss.

[56] F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, cit., 28 ss.

[57] Sulla disciplina del Terzo settore, A. FICI, E. ROSSI, G. SEPIO, P. VENTURI, (a cura di), *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari, 2020; per le implicazioni costituzionali del Terzo settore, E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021.

[58] In tal senso, Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it.*; con specifico riferimento al richiamato art. 55 d.lgs. n. 117/2017, la Corte rileva che "*in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria – strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale, nell'art. 1, comma 4, della legge 8 novembre 2000, n. 328 (Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) e quindi dall'art. 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 marzo 2001 (Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328)*", precisando che "*l'art. 55 CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, «nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona», il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS*". La peculiarità del Terzo settore consentirebbe di configurare "*un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici*" in quanto "*agli ETS, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS, è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale*". In altri termini – prosegue la sentenza – "*si instaura, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo*

a quello del profitto e del mercato: la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico"; per un commento alla sentenza, E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sent. n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 5/2020, 1184 ss.

[59] Sul tema, si rinvia per tutti a F. BENVENUTI, *ll nuovo cittadino*, Padova, 1994, 86 ss.

[60] Ci si riferisce, ad esempio, ai c.d. "patti educativi di comunità" tra enti locali, istituzioni pubbliche e private operanti sul territorio, enti del Terzo settore e scuole, preordinati alla "più ampia realizzazione del servizio scolastico nel presente scenario" (cfr. Decreto del Ministero dell'Istruzione 26 giugno 2020 n. 39, cit.).