

Diritto e politica dei trasporti

Rivista semestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione

Fascicolo 2/2024

Con i contributi di

**Andrea De Lia, Francesco Tomasicchio, Gabriele Pisanti,
Maria Pia d'Antuono, Maria Lavalle, Antonio Cecere,
Federica D'Andrea, Emma Maresca, Roberta Brignoccolo**

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è pubblicata dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" della Luiss G. Carli, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Air Transport Observatory "Antonio Catricalà" at Luiss G. Carli, and it is registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

La rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 7, n. 12 (I-2024)

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT) Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista online e open-access, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an online, open-access, Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Ente Nazionale Aviazione Civile e Luiss University Press

Pubblicato nel mese di febbraio 2025

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) o alla Segreteria editoriale (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;

3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);

4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;

b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;

c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;

d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;

e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

Il Direttore o il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli "estratti" con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell'apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in ".doc" format to the Journal's Executive Editors (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) or to the Editorial Staff (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;

2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;

3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);

4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

- a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
- b) that the manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another Journal, except for express consent by the Editor-in-Chief or the Executive Editors;
- c) that the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
- d) that the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions or in the cases laid down in the Code of Ethics adopted by the Journal.
- e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

The Editor-in-Chief and the Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted. All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)

Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board

Presidente

Prof. Aristide Police (Luiss "G. Carli" - Roma)

Componenti

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
 Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")
 †Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)
 Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma e Pontificia Università Gregoriana)
 Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
 Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE - York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation - ECU, Perth, Australia)
 Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
 Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Alberto Empananza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
 Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
 Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
 Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
 Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)
 Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
 Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)
 Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
 Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Teramo)
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella
 Avv. Patrizia Beraldi
 Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno
 Avv. Luigi De Propris
 Avv. Marco Di Giugno
 Dott. Federico Di Palma
 Avv. Fabrizio Doddi
 Avv. Francesco Ferrara
 Dott. Simone Francario
 Avv. Raissa Frascella
 Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè
 Prof.ssa Annarita Iacopino
 Prof.ssa Maria Assunta Icolari
 Avv. Emanuela Lanzi
 Dott. Antonio Mitrotti
 Avv. Andrea Nardi
 Dott. Simone Paoli
 Avv. Anton Giulio Pietrosanti
 Prof. Marco Ragusa
 Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
 Dott.ssa Ersilia Sanginario
 Avv. Francesco Scalia
 Prof.ssa Martina Sinisi
 Dott.ssa Veronica Sordi
 Avv. Giovanni Terrano
 Avv. Francesco Tomasicchio
 Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Il ricorso all'in house providing nel trasporto pubblico locale tra novità legislative e giurisprudenziali*

Francesco Tomasicchio

Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Abstract

The use of in-house providing in local public transport between legislative and jurisprudential novelties.

In this paper, an attempt is made to briefly reconstruct the Italian regulatory evolution of the local public transport sector, particularly dwelling on the problem concerning the different management models. The Italian regulatory environment has long been characterized by an oscillating propensity of the legislature, depending on historical periods, between in-house entrustment and recourse to the market. As is well known, the process of European integration has also exposed local public services of general interest to the dynamics of the market and free competition, reducing the margin of operation of Administrations and the relative power to self-produce and self-organize these services. Local public transport, however, has always been an exception, including for the European legislature, which seems to have partly disappeared following the adoption by the Italian legislature of Legislative Decree No. 201 of December 23, 2022. However, at the same time, the legislature and case law have definitively equalized the management models, recognizing the instrument of in-house providing as ordinary with consequences that we will try to illustrate.

In questo lavoro si cerca di ricostruire brevemente l'evoluzione normativa italiana concernente il settore del trasporto pubblico locale, soffermandosi in particolare sul problema dei diversi modelli di gestione. Il contesto normativo italiano è stato a lungo caratterizzato da una propensione oscillante del legislatore, a seconda dei periodi storici, tra l'affidamento in house e il ricorso al mercato. Come è noto, il processo di integrazione europea ha esposto anche i servizi pubblici locali di interesse

* Sottoposto a referaggio.

generale alle dinamiche del mercato e della libera concorrenza, riducendo il margine di operatività della pubblica Amministrazione.

Tuttavia, il settore del tpl ha rappresentato sovente un'eccezione all'obbligo di esternalizzazione dei servizi anche per il legislatore europeo. Tale eccezione sembra essere stata oltremodo ridimensionata in seguito all'adozione, da parte del legislatore italiano, del d.lgs. n. 201/2022. Al contempo però sia il legislatore che la giurisprudenza sembrano aver definitivamente equiparato i modelli di gestione dell'affidamento in-house e dell'affidamento tramite il ricorso al mercato.

Key words: In house providing; Local public transport; Competition; Administrative Discretion; Administrative courts.

Parole chiave: In house providing; Trasporto pubblico locale; Concorrenza; Discrezionalità amministrativa; Giudice amministrativo.

Sommario – 1. Origine ed evoluzione dell'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale in Italia – 2. Il processo di integrazione europea e l'introduzione del modello dell'*in house providing* – 3. Segue. La natura ordinaria dell'affidamento in house nella prospettiva del giudice euro-unitario e nazionale – 4. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 201/2022 – 5. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 36/2023: un parallelismo – 6. Il ricorso all'*in house* e il recente orientamento del giudice amministrativo – 7. Osservazioni di sintesi.

1. Origine ed evoluzione dell'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale in Italia

L'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale (d'ora in poi anche tpl)¹ avviene, in Italia, fenomeno comune specialmente a partire dalla metà del XX secolo, allorché si diffonde lo strumento della partecipazione pubblica anche in imprese private. Come è stato autorevolmente evidenziato, detta forma non importa la gestione pubblica delle attività economiche, ma consiste in una partecipazione, di volta in volta più o meno cospicua, di enti pubblici al capitale di imprese (società) private – e quindi alla loro direzione – al fine di vedere realizzati certi risultati cui gli stessi enti siano particolarmente interessati come nel caso dei pubblici servizi di trasporto. In questi casi, la possibilità di gestire imprese a mezzo di strutture e strumenti privatistici viene a dare ai pubblici poteri che se ne avvalgono quella maggiore snellezza, speditezza e spigliatezza nelle determinazioni, che è particolarmente indicato nello svolgimento dell'azione economica, in rapporto e competizione con gli operatori privati.²

1. Come ricorda A. CANDIDO, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2015, p. 105, quando si parla di trasporto pubblico locale “si fa riferimento all'insieme delle modalità e delle tipologie di trasporto concernenti una domanda di mobilità (urbana, regionale o infraregionale) compresa in distanze minori a 100 km”.

2. Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Napoli, 1979, pp. 768-769.

La partecipazione diretta dell'Amministrazione all'attività di trasporto pubblico però è un fenomeno ancor più risalente, giacché la possibilità di trasferire ai Comuni la facoltà di prestare direttamente i servizi di trasporto pubblico locale in favore della collettività deve ricondursi alla legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. Legge Giolitti).³ Il legislatore interviene per la prima volta per disciplinare la materia del tpl inteso come servizio pubblico in quanto attività destinata al soddisfacimento di esigenze di ordine collettivo e perciò istituita ed organizzata dai pubblici poteri in modo tale da assicurarne l'esplicazione in termini di doverosità e nel rispetto dei principi di universalità, continuità e qualità gestionale.⁴

La disciplina assume una fisionomia ben definita in seguito all'approvazione del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, il quale prevede che ogni servizio direttamente assunto dall'Amministrazione comunale implica il dovere per quest'ultima di costituire un'azienda speciale distinta dalla stessa Amministrazione, con bilanci e conti separati. Viene implementato così il sistema delle "municipalizzate", tramite cui le Amministrazioni locali si fanno direttamente carico dell'erogazione del servizio pubblico di trasporto.⁵

Tuttavia, come cercato di anticipare, l'erogazione diretta dei servizi da parte degli enti locali nell'ambito del tpl diviene fenomeno costante nel secondo dopoguerra. Infatti, suddetta modalità di erogazione si affianca allo schema concessorio in favore di imprese private previsto dalla legge 28 settembre 1939, n. 1822.

Dopo la promulgazione della Costituzione del 1948 e la successiva formazione dei primi governi di centrosinistra, a partire dagli anni Sessanta si registra un costante intervento pubblico nell'economia.

3. La legge 29 marzo 1903, n. 103 ha avuto il merito di introdurre una disciplina pubblica, mediante il processo di "municipalizzazione", all'interno del settore di gestione dei servizi pubblici locali all'epoca controllato dalle posizioni di monopolio delle imprese private. In argomento G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012, p. 51 ss.; G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, I, 2012, p. 23.

4. Così G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 113.

5. In argomento C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici. Legge e regolamento riguardanti l'assunzione diretta dei servizi municipali con note illustrative del senatore Camillo Mezzanotte*, Milano, 1905; U. BORSI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuovo digesto italiano*, III, Torino, 1939, p. 802, secondo cui "municipalizzazione dei servizi significa assunzione di servizi da parte del Comune, ed in questo significato generico è fenomeno proprio di ogni Comune, in qualunque momento storico e sotto qualunque regime [...] per municipalizzazione di servizi si intende [...] la gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati"; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, XI, 1953, p. 611 ss. Anche A. TROCCOLI, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963; U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; L. GIOVENCO, *Gli interventi del Comune nell'economia*, Milano, 1964; G. PISCHEL, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 348 ss.; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 414 ss.; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, I, 2008, p. 37 ss.

Detto interventismo si verifica sia a livello centrale che, seppur in forma minore, a livello locale, specialmente nel settore del trasporto pubblico. Il che comporta degli evidenti e rilevanti benefici per la collettività ma in alcune circostanze anche problemi in relazione ai bilanci pubblici.

Sicché l'esigenza di ridurre la spesa pubblica e il disavanzo da una parte, l'obiettivo di decentramento dei servizi pubblici in seguito all'istituzione degli enti regionali dall'altra, inducono il legislatore italiano a intervenire, tra gli anni Settanta e Ottanta, con due riforme per rivedere la disciplina del tpl. Mediante l'emanazione dei d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 5 e del 24 luglio 1977, n. 616 vengono trasferite alle Regioni ordinarie le funzioni amministrative in materia di linee automobilistiche e tramvie e quelle riguardanti le concessioni ferroviarie.

Tuttavia, un effettivo riordino della disciplina si ha soltanto in seguito all'adozione da parte del legislatore della legge quadro 10 aprile 1981, n. 151, con la quale vengono riorganizzati i servizi di trasporti collettivi urbani, extraurbani e regionali di cose e persone da offrire in modo continuato o periodico al pubblico. La legge prevede altresì i criteri per la determinazione degli itinerari, degli orari, delle frequenze e delle tariffe.

In altri termini, la legge del 1981 trasferisce alla competenza regionale l'ambito di disciplina del trasporto pubblico, ivi compreso l'obbligo di determinare, mediante una propria normazione, i bacini di traffico in armonia con il piano nazionale dei trasporti di competenza statale. La disciplina del 1981 continua a prevedere la possibilità che il servizio pubblico locale possa essere gestito direttamente dall'ente pubblico, tramite azienda speciale o mediante concessione a un operatore privato.

La novità fondamentale è rappresentata dal tentativo di decentramento disposto dal legislatore nazionale in favore dei legislatori regionali. Tentativo però che non sembra essersi pienamente concretizzato a causa delle difficoltà ravvisate dagli enti regionali nell'approvare propri piani di programmazione in materia di trasporto.

Per aversi un pieno decentramento, infatti, bisogna attendere i plurimi interventi effettuati dal legislatore nel corso degli anni Novanta, il quale è esortato a innovare il settore dei trasporti dal legislatore europeo che richiede ora un'apertura in favore del mercato retto dal gioco della libera concorrenza.⁶

In primo luogo, con legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento degli enti locali, il legislatore dispone la trasformazione delle aziende municipalizzate in aziende speciali, dotate di personalità giuridica e la cui attività deve informarsi ai principi di efficacia, efficienza ed economicità.⁷ L'obiettivo è quello di ridurre la spesa pubblica e assicurare l'equilibrio dei bilanci.

6. Si fa riferimento alle l. 8 giugno 1990, n. 142; l. 28 dicembre 1995, n. 549; l. 15 marzo 1997, n. 59; d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422. Sul punto G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, I, 2014, p. 117 ss.

7. Sul punto S. DEL GATTO, *I servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, VI ed., Roma-Bari, 2021, p. 209 ss.

In secondo luogo, al fine di implementare e rendere definitivo il decentramento in favore delle Regioni e degli enti locali bisogna attendere una delle leggi di riforma c.d. Bassanini con la quale il legislatore italiano dispone che il Governo provvede a delegare alle Regioni i compiti di programmazione e amministrazione in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale. Viene altresì attribuito alle Regioni il compito di definire, d'intesa con gli enti locali, il livello dei servizi minimi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, servizi i cui costi sono a carico dei bilanci regionali, prevedendo che i costi dei servizi ulteriori rispetto a quelli minimi siano a carico degli enti locali che ne programmano l'esercizio.

Infine, si dispone che l'attuazione delle deleghe e l'attribuzione delle relative risorse alle regioni siano precedute da appositi accordi di programma tra il Ministro dei trasporti e della navigazione e le regioni medesime e di definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano ed extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi.⁸ In questo modo il principio di libera concorrenza comincia a addentrarsi all'interno del settore del tpl.

A riguardo, dirimente si rivela essere il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, il quale dispone l'apertura dei servizi di tpl al mercato attraverso l'indizione di procedure a evidenza pubblica strumentali alla stipula di un contratto di servizio⁹ e le disposizioni contenute all'interno della legge 14 novembre 1995, n. 481 sulla concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità, la quale peraltro impone l'istituzione di apposite autorità di regolazione come l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG, oggi ARERA) e l'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni (AGCOM).

In particolare, detti interventi legislativi contengono, tra le varie prescrizioni, l'obbligo del ricorso a procedure a evidenza pubblica; l'impossibilità di estendere i bacini di competenza in caso di gestione diretta o di affidamento dei servizi a enti propri o ad aziende speciali; nel caso di gestione diretta o di affidamento dei servizi a enti propri o ad aziende speciali, debbono essere previste procedure concorsuali ad evidenza pubblica per l'affidamento di eventuali quote di servizio; l'esclusione di indennità per il gestore in caso di mancato rinnovo alla scadenza del contratto o di decadenza del medesimo nei casi stabiliti dalla legge e la determinazione delle tariffe.

Con il decreto del 1997, inoltre, il legislatore definisce, una volta per tutte, criteri e linee guida per l'organizzazione del trasporto pubblico locale, precisando nell'*incipit* che cosa debba intendersi

8. L. 15 marzo 1997, n. 59, art. 4.

9. Ove per contratto di servizio si intende "lo strumento che governa la relazione tra l'ente responsabile del servizio pubblico locale e i soggetti che contribuiscono alla sua produzione. Ciò coerentemente con il fatto che il coinvolgimento di soggetti privati nella gestione rende necessaria la definizione mutualmente vincolante delle regole del rapporto, che, in una logica di alterità tra ente responsabile e erogatore della prestazione, trova nel contratto la sua sede più coerente. In questo senso, il contratto di servizio si colloca a valle dei processi di esternalizzazione in atto e ne riflette l'essenza". Così S. TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. 303 ss.

per trasporto pubblico locale. Ai sensi dell'art. 1, comma secondo, per tpl si intende l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale.

Non solo, ma il decreto legislativo accentua il decentramento e amplia il sistema di delega delle funzioni amministrative dalle Regioni alle Provincie e ai Comuni che non richiedano l'esercizio unitario a livello regionale del tpl. Sicché la competenza regionale in materia di tpl finisce per divenire residuale rispetto a quella generale ora devoluta agli Enti locali. Su questi incombe il dovere di dare corso agli obblighi statali e comunitari in materia di concorrenza, obblighi che tuttavia, nonostante i plurimi interventi degli anni Novanta volti ad aprire il settore del tpl definitivamente al mercato, vengono in parte disattesi dallo stesso legislatore italiano, in parte avvantaggiato, come si vedrà, dalla giurisprudenza di fine XX secolo della Corte di giustizia dell'allora Comunità europea.

In conclusione, in argomento deve farsi riferimento al Testo unico sull'ordinamento degli Enti Locali (TUEL) approvato con l. 18 agosto 2000, n. 267, il cui art. 113,¹⁰ come modificato in seguito all'adozione del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, prevede, ai fini dell'erogazione del servizio di tpl, la possibilità per gli enti locali di ricorrere anche a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi¹¹ e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il che dimostra una certa confusione del legislatore italiano, giacché soltanto due anni prima, con l. 28 dicembre 2001, n. 448,¹² egli aveva prospettato, su sollecitazione delle istituzioni comunitarie,

10. Per un'analisi della norma R. CAVALLO PERIN, Art. 113, in ID., A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, p. 654 ss.

11. In merito C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, p. 163 ss.; E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis CCII*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2023, p. 169 ss. A riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha costantemente affermato che il requisito del controllo analogo richiede la totalità della partecipazione pubblica, tenendo conto che la partecipazione di soggetti privati al capitale di una società, seppur minoritaria, alla quale partecipi anche la p.A. aggiudicatrice, esclude che la Amministrazione possa esercitare sulla stessa società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Così Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*. Come è stato evidenziato, ciò che rileva per escludere il controllo analogo è la mera presenza, anche in minima parte, di capitali provenienti da privati, perché l'investimento privato persegue fini disomogenei rispetto a quelli di pubblico interesse, escludendo quindi quell'assimilazione sostanziale su cui si fonda l'istituto dell'*in house*. Il privato titolare di quei capitali, inoltre, grazie all'affidamento diretto beneficerebbe di un vantaggio competitivo ottenuto senza rispetto delle regole sulla concorrenza. Così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2021, p. 342.

12. Su cui A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon*, I, 2002, pp. 1-10.

la distinzione tra diverse tipologie di servizio pubblico al fine di differenziare le relative modalità di affidamento in chiave proconcorrenziale.¹³

Con la novella del 2003, invece, il legislatore italiano sembra attenuare l'affermazione del principio di concorrenza all'interno dei servizi di tpl,¹⁴ prevedendo la possibilità per gli enti locali di procedere alla diretta gestione o al diretto affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale a società a partecipazione interamente pubblica, dette anche *in house*, recependo l'indirizzo delineato dal giudice comunitario al termine del XX secolo.¹⁵

Nel corso degli ultimi decenni però la centralità assunta dal principio di libera concorrenza nell'ordinamento italiano finisce per rendere marginali ed eccezionali le ipotesi di intervento diretto da parte dei pubblici poteri nell'economia, finendo tale fenomeno per riflettersi anche sulle singole scelte delle Amministrazioni locali in ordine alle decisioni concernenti le modalità di erogazione, verso la collettività, dei servizi di interesse economico.¹⁶ Ad esempio, la disciplina sui contratti pubblici del 2016 cerca di ridurre ai minimi termini le ipotesi di interferenza amministrativa all'interno delle dinamiche di mercato, relegando lo strumento dell'*in house providing* a ipotesi di difficile e improbabile realizzazione.

Un importante *revirement* sembra sia stato intrapreso dal legislatore, sebbene per un breve periodo, in occasione dell'approvazione della normativa volta all'attuazione del Piano nazionale per la ripresa e resilienza (PNRR) al fine di incentivare la ripresa economica in seguito alla pandemia da Covid-19. Così nel decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. semplificazioni)¹⁷ il legislatore ha contemplato la possibilità per le pubbliche Amministrazioni di ricorrere allo strumento dell'*in*

13. Così M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023 p. 234.

14. Questo arresto ben potrebbe imputarsi, specialmente in relazione alla peculiarità che riguarda il settore del tpl "al particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico di trasporto, diretto a garantire, in quanto tale, i servizi oltre la marginalità del servizio". Così F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, I, 2013, p. 83. Tuttavia, quanto previsto dal legislatore italiano all'interno dell'art. 113 del TUEL sembra contrastare con quanto lo stesso aveva previsto all'interno del precedente d.lgs. 20 settembre, 1999, n. 400, attraverso cui era stato previsto quale regola generale di affidamento dei contratti di servizio di tpl il ricorso alla procedura a evidenza pubblica.

15. Come ampiamente noto, lo strumento dell'*in house providing* è stato inizialmente disciplinato dalla Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107-98, *Teckal c. Comune di Viano*.

16. Le ragioni della difficoltà, riscontrata in passato, di aprire il settore dei servizi pubblici locali (ivi compresi quei servizi riconducibili alla categoria dei trasporti) alle dinamiche del mercato concorrenziale sarebbero da rinvenirsi nel problema della sovrapposizione tra assunzione del servizio e gestione dello stesso, così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 79 ss.

17. Il decreto semplificazioni – e successivamente anche il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – ha altresì apportato delle importanti modifiche alla disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e al Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 agosto 2010, n. 104, in particolare per garantire che l'attuazione del PNRR non venisse ostacolata dalle tempistiche della buro-

house providing per assicurare l'effettiva e tempestiva attuazione degli interventi previsti all'interno del PNRR e, dunque, la generale, quanto non meglio definita, possibilità per le stesse Amministrazioni di avvalersi del supporto delle società a partecipazione pubblica.¹⁸

In sostanza, il legislatore introduce un mutamento di paradigma circa il ruolo e la funzione dell'Amministrazione, estendendo le sue prerogative di intervento nella sfera economica per attivare un processo di ripresa economica e adempiere alle sollecitazioni delle istituzioni euro-unitarie. Si tratta però di un quadro normativo pur sempre emergenziale (*rectius*: transitorio) nonostante sia inequivocabile la discontinuità e la controtendenza rispetto alla solita linea politica del legislatore italiano, molto attento a non trascurare mai il primato della concorrenza e del mercato.¹⁹ Infatti, quest'ultimo ritorna celermente sui propri passi e decide di intervenire, a un anno di distanza, all'interno del settore dei servizi pubblici locali nel tentativo di meglio circoscrivere e predeterminare i requisiti e l'ambito di operatività dell'intervento amministrativo nell'erogazione di servizi di interesse economico generale, a cominciare dalla possibilità per gli Enti locali di procedere ad affidamenti diretti in luogo del ricorso al mercato.

In questa direzione, con l'adozione del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 avente a oggetto la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, riguardante, come si vedrà nel prosieguo, anche il settore del trasporto pubblico locale,²⁰ il legislatore ha specificato, sin dal principio, che l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale rispondono, tra i diversi principi elencati, ai principi di concorrenza e sussidiarietà.²¹

crazia e della giustizia amministrativa. In relazione alle novità apportate alla legge sul procedimento, *ex multis*, L. LAMBERTI, *Le modifiche in tema di procedimento amministrativo introdotte dai decreti semplificazioni*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, X-XI, 2021, p. 465 ss. Per quanto riguarda, invece, le novità apportate al c.p.a. si considerino F. FRATTINI, *La giustizia amministrativa nel 2022*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2022, p. 159 ss.; G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e ripresa economica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2022, p. 209 ss. Per un approfondimento, anche con richiami giurisprudenziali, sul "rito PNRR" si veda L. GOLISANO, *Il processo amministrativo in materia di contratti pubblici*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul D.lgs. n. 36/2023*, Milano, 2023, p. 449 ss.

18. Art. 9, comma secondo, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

19. Sul punto, se si vuole, F. TOMASICCHIO, *La ricostruzione del protagonismo statale nei piani di ripresa economica. I corollari dello Stato impolitico*, in *DPCE online*, IV, 2022, p. 2240 ss.; ID., *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, II, 2023, p. 232 ss.

20. Su cui, *ex multis*, L. BERTONAZZI, *Modalità di gestione del trasporto pubblico locale*, in R. VILLATA, S. VALAGUZZA (a cura di), *I servizi pubblici*, Torino, 2022, p. 331 ss.

21. Art. 3, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Da ultimo, la Corte cost., 29 ottobre 2024, n. 183, dopo aver pronunciato la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 6, comma primo, lett. i) della l.r. 14 giugno 1994, n. 17 della Regione Umbria, che disponeva l'obbligo di residenza nel territorio regionale quale condizione per gli operatori del servizio Taxi e per gli operatori privati di servizio non di linea, ha ribadito la natura "fondamentale" che connota il principio di libera concorrenza, riconducendolo al dettato dell'art. 41 Cost.

È dalle novità introdotte in sede comunitaria e dal relativo recepimento da parte del legislatore italiano che la presente indagine e la relativa ricostruzione storica devono proseguire.

2. Il processo di integrazione europea e l'introduzione del modello dell'*in house providing*

Prima di soffermarsi sulle caratteristiche e sull'evoluzione della figura dell'*in house providing* nel sistema di diritto amministrativo italiano è utile ricordare che la possibilità per i pubblici poteri di partecipare attivamente alle dinamiche di mercato rappresenta oggi un'ipotesi piuttosto rara in ragione dell'adesione da parte dell'ordinamento italiano al processo di integrazione europea, della relativa creazione del mercato unico e della contestuale affermazione delle tesi dell'economia sociale di mercato.²² Il che, come ampiamente noto, ha consentito, a partire specialmente dall'ultimo decennio dello scorso secolo, la piena affermazione dello Stato "regolatore".²³

22. Il sintagma "economia sociale di mercato" è stato coniato da A. MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in AA.VV. (a cura di), *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, IX, Stoccarda, 1956, p. 392, come riporta A. SOMMA, *Il neoliberalismo progressista e i suoi critici. Un dibattito su redistribuzione, riconoscimento e anticapitalismo*, in *Politica e Società*, II, 2022, p. 174, ed è ripreso dal Trattato sull'Unione europea (TUE) all'art. 3, §3. Sugli sviluppi che hanno riguardato le tesi dell'economia sociale di mercato si vedano D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy. German Neoliberalism, Comparative Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, XLII, 1994, p. 25 ss.; H. TIETMAYER, *The social market economy and monetary stability*, Londra, 1999, p. 6 ss.; M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010, p. 66, secondo cui il nucleo delle tesi dell'ESM sia da rinvenire nella "presenza di uno Stato forte ma non dirigista: uno Stato che tuteli i mercati (e il buon funzionamento dei mercati) e non le imprese esistenti in quanto tali, senza interferire nelle scelte di investimento delle imprese e senza entrare in competizione con le imprese private (l'impresa pubblica si giustifica, nella prospettiva dell'ESM, solo in presenza di monopoli naturali)". Cfr. A. SOMMA, *Il neoliberalismo progressista*, cit., p. 168, sostiene che il "neoliberalismo è un fenomeno unitario, le cui articolazioni non ne mutano la sostanza di teoria e pratica per cui i pubblici poteri sono sempre e comunque chiamati a operare come mano visibile del mercato: a tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, e a monte a deviare da esse solo nella misura necessaria e sufficiente a prevenire o risolvere i fallimenti del mercato o eventualmente a neutralizzare il conflitto sociale". Per una critica della dottrina neoliberale nel contesto odierno dell'Unione europea F. GASPARI, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e "sentieri interrotti della legalità" costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2020, p. 63 ss.

23. In argomento, senza presunzione di completezza, V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, IV, 1997, p. 627 ss.; M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 171 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 3 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; L. GIANI, *Regolazione del mercato, regolazione per il mercato e crisi economico finanziaria*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2009*, Napoli, 2010, p. 493 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010. Secondo M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, I, 2018, p. 1 ss., per aversi un sistema di economia di mercato è necessario elaborare "una cornice di regole e istituzioni volte a ga-

Ora i pubblici poteri non interferiscono direttamente con le leggi della domanda e dell'offerta ma si limitano viceversa a elaborare le regole necessarie affinché gli operatori economici privati possano competere in un mercato libero e in regime di concorrenza.²⁴ Per far sì che tale scenario si realizzi, nella prospettiva dei sostenitori dell'ideologia neoliberale, la presenza dello Stato rappresenta un requisito imprescindibile.

Il mercato non è un'istituzione naturale, in grado di vivere e operare a prescindere dai comportamenti umani.²⁵ Esso necessita di un forte apparato burocratico che sia in grado di offrire protezione e di assicurare il corretto funzionamento mediante l'imposizione della concorrenza. In questo senso, i pubblici poteri (statali e sovranazionali) predispongono le "regole del gioco" e vigilano sulle condotte tenute dagli operatori economici, senza interferire in guisa diretta con le dinamiche della domanda e dell'offerta.²⁶

Tuttavia, quantunque il funzionamento del mercato incentrato sul gioco della libera concorrenza sia il pilastro fondamentale della costruzione giuridica europea, in alcune e rare circostanze il legislatore euro-unitario non ha mancato di ammettere deroghe alla regola generale.

Così può accadere che lo Stato non si limiti a svolgere la sola funzione regolatoria, ma entri anche all'interno del mercato, espletando funzioni che hanno natura imprenditoriale e diretta rilevanza economica. In questo senso, lo Stato non svolge soltanto l'attività imperativa e/o quella contrattuale, ma sempre più spesso si occupa anche di altre attività, erogando i servizi pubblici in favore

rantire la *par condicio* tra gli operatori di mercato e il rispetto dei vincoli contrattuali, nonché le condizioni generali di stabilità atte a consentire il "calcolo economico", al netto dei rischi fisiologici, e a promuovere gli investimenti"; G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, p. 580 ss.; I. BORRELLO, E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., p. 67 ss.; F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, p. 3 ss.

24. Come è stato recentemente osservato, a differenza dell'intervento regolatorio, l'intervento diretto nell'economia "si realizza quando le istituzioni pubbliche assumono i tratti propri degli attori economici e adottano comportamenti rilevanti nella dinamica del mercato o arrivano addirittura ad occupare per intero lo spazio di quest'ultimo, sostituendosi a esso in virtù di una riserva a proprio favore di determinate attività economiche. In questo tipo di intervento le istituzioni possono presentarsi a seconda dei casi nelle vesti dello "Stato-imprenditore", dello "Stato-acquirente (o venditore)" e dello "Stato proprietario" [...]. Così M. BOMBARDELLI, *Le relazioni tra istituzioni pubbliche e mercati*, in ID. (a cura di), *L'intervento amministrativo sui mercati*, II ed., Torino, 2023, p. 9.

25. In questo senso, come è stato obiettato "il mercato è un'astrazione, sintesi di realtà diverse che nascondono quelle astrazioni intermedie che chiamiamo appunto mercati. Questi non esistono *ex nihilo* [...] ma la loro stessa esistenza dipende da un certo numero di altre istituzioni: l'istituzione giuridica e la moneta". Così R. GUESNERIE, *L'economia di mercato*, Milano, 1998, p. 23.

26. Si tratta della concezione hayekiana che sembra aver caratterizzato la costruzione del mercato unico europeo e il conseguente processo di integrazione. Le tesi riportate nel testo possono rinvenirsi in F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), trad. it (a cura di) F.O. Reho, Soveria Mannelli, 2016.

della collettività, che possono rivestire quando possiedono rilevanza economica le forme dell'attività d'impresa oppure quando, invece, non hanno tale carattere sono prestati a carico del bilancio dello Stato.

A riguardo, come è stato evidenziato, le norme dei Trattati comunitari con riferimento, ad esempio, ai servizi d'interesse economico generale (SIEG) introducono una deroga alle regole della concorrenza e del mercato, atteso il ruolo fondamentale che essi rivestono per la promozione della coesione sociale e territoriale. Questa deroga deve però ritenersi ammissibile solo quando il rispetto delle regole della concorrenza impedisca alle imprese incaricate della gestione di un servizio economico d'interesse generale il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 106 del TFUE.²⁷ In questa direzione pare collocarsi, come tentato di anticipare, il settore del trasporto pubblico locale e la possibilità per le comunità locali di ricorrere allo schema giuridico – elaborato *in primis* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea – dell'*in house providing*.²⁸

L'espressione *in house* identifica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica Amministrazione, il che accade quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. Il modello si contrappone a quello della c.d. esternalizzazione, in cui il pubblico potere si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.²⁹

Dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa però si è rilevato che l'affidamento *in house* si presenta più come un'esternalizzazione che come una forma di autoproduzione, soprattutto perché esso avviene normalmente a favore di organismi in forma privatistica, quindi fa sì che lo svolgimento dell'attività affidata sia soggetto alle regole del diritto privato e sfugga almeno ad alcune delle regole tipiche delle gestioni pubbliche.³⁰

27. Così M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house providing. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR*, in *Amministrativ@mente*, III, 2023, p. 1337. Più precisamente, l'art. 106 del TFUE "consente alle imprese incaricate della gestione di SIEG di sottrarsi alle regole di concorrenza solo quando la loro applicazione impedisca la realizzazione della missione loro affidata e purché lo sviluppo degli scambi non ne risulti compromesso in misura contraria agli interessi dell'UE. In altre parole, la norma esenta tali imprese dalle regole di concorrenza solo nella misura in cui ciò sia effettivamente necessario per condurre le loro attività in condizioni economicamente sostenibili e purché non ne risulti un pregiudizio eccessivo per l'integrazione del mercato unico europeo". Così M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia* (in due tomi), I, Torino, 2024, p. 102.

28. Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107-98, *Teckal c. Comune di Viano*. Con questa decisione il giudice comunitario ha fissato i requisiti per l'affidamento *in house*: I – la personalità giuridica dell'ente affidatario; II – la sussistenza del controllo analogo da parte della p.A.; III – la sussistenza del c.d. vincolo di prevalenza, in base al quale la società *in house* deve compiere l'80% della propria attività nello svolgimento dei compiti affidati dalla p.A. e dalle quali deve derivare una percentuale pari di fatturato.

29. Così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., p. 340.

30. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IV, 2023, p. 1284.

Lo schema dell'*in house* è stato successivamente implementato anche a livello normativo da parte delle istituzioni dell'Unione, dopo la decisione *Teckal* del 1999, all'interno delle tre direttive adottate in materia di contratti pubblici nel 2014.³¹ Alla disciplina europea ha fatto seguito quella adottata dal legislatore italiano mediante l'approvazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica,³² mediante cui il legislatore sembra aver proseguito nel solco dell'ostilità verso gli affidamenti *in house*.³³ Di recente, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, lo stesso legislatore italiano è tornato sulla disciplina allorché ha approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici.³⁴

Al di là delle innovazioni che si sono susseguite in materia, ciò che preme sin da subito evidenziare è che il ricorso a meccanismi di autoproduzione, specialmente da parte delle Amministrazioni locali, è rimasto un fenomeno costante nel tempo e impiegato in più settori dell'economia, nonostante il sensibile ridimensionamento dovuto all'intervento delle istituzioni politiche euro-unitarie.

Infatti, la normativa unionale sottopone il ricorso a sistemi di autoproduzione in favore delle pubbliche Amministrazioni soltanto in presenza di alcuni e tassativi requisiti – a partire dal richiamato precedente giurisprudenziale *Teckal* –, e, più in generale, laddove vi sia una situazione di

31. Si fa riferimento alle direttive UE, 26 febbraio 2014, n. 2014/23, n. 2014/24 e n. 2014/25. In merito, *ex multis*, H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, XII, 2014, p. 1135 ss.; C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; A. CAPRERA, "In house providing" e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?, in *Analisi giuridica dell'economia*, II, 2015, p. 515 ss. La direttiva n. 2014/25 regola le procedure di appalto degli enti erogatori dei servizi nel settore dei trasporti. Sull'interpretazione e le applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni appena richiamate M. TRIMARCHI, R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamento in house*, in *Urbanistica e appalti*, III, 2022, p. 426 ss.

32. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica". Il Testo unico assoggetta tutte le società pubbliche alle disposizioni del Codice civile salvo lo stesso Testo non preveda diversamente (art. 1, comma terzo). Il che ha portato a ricondurre lo schema dell'*in house* al diritto privato, sul punto M. DUGATO, *Le società in house*, in G. PRESTI, M. RENNA (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, p. 66 ss.; M.P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte e rilevanza applicativa*, Napoli, 2019, p. 176 ss.; F. FRACCHIA, *La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2024, p. 77 ss. L'art. 16 del richiamato decreto legislativo è rubricato "Società in house", il cui primo comma prevede che le società in house "ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata". Sulla dubbia compatibilità del ricorso all'*in house providing* come disciplinato dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i principi generali dell'ordinamento si consideri F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Torino, 2023, p. 269 ss.

33. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1304.

34. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, "Codice dei contratti pubblici".

fallimento del mercato. In sintesi, si tratta di quell'ipotesi in cui il ricorso al mercato non è in grado di garantire un'allocazione efficiente dei beni e dei servizi.

Volgendo però l'attenzione alla direttiva n. 24/2014/UE in materia di appalti pubblici e ricorso al mercato è possibile costatare come il legislatore europeo abbia ritenuto opportuno precisare che nessuna disposizione della direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi od organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva.³⁵ Il che sta a significare che in realtà, per ciò che attiene alla facoltà delle pubbliche Amministrazioni di avvalersi di propri organismi per garantire lavori, forniture o servizi in favore della collettività e del pubblico interesse non risulti necessariamente in contrasto con le previsioni euro-unitarie.

Un tale aspetto riguarda anche e soprattutto il settore del trasporto pubblico locale, verso cui il legislatore europeo ha mostrato di riservare sovente una certa attenzione e flessibilità rispetto all'obbligo, per gli Stati e le loro Amministrazioni, di rivolgersi al mercato. Tra le varie norme che si sono susseguite nel tempo, per ragioni di sintesi si fa immediato riferimento alla normativa chiave in merito, il Regolamento n. 1370/2007 dell'allora Comunità europea, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti previgenti.³⁶ Fondamentale, per quanto rileva in questa sede, è considerare l'art. 5, secondo paragrafo, del Regolamento del 2007, allorché il legislatore europeo ha inequivocabilmente disposto che salvo non sia disposto diversamente dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. La norma ricalca parte dei requisiti fissati dalla Corte di giustizia nel precedente *Teckal*, specificando che le Amministrazioni hanno la facoltà di offrire direttamente servizi di trasporto pubblico di passeggeri e ciò dovrebbe significare che tale decisione sia rimessa alla loro potestà discrezionale e alla verifica dei requisiti posti dalla normativa e giurisprudenza euro-unitari.³⁷ Di conseguenza, il Regolamento n. 1370/2007/CE sembra aver introdotto una vera e propria novità rispetto

35. Direttiva n. 24/2014/UE, cit., considerando n. 5.

36. Regolamento CE, 23 ottobre 2007, n. 1370/2007 che ha abrogato i precedenti regolamenti (CEE), 26 giugno 1969, n. 1191/69 e del 4 giugno 1970, n. 1107/70.

37. A questo riguardo, lo stesso art. 5, Regolamento (CE), 24 ottobre 2007, n. 1370/2007, precisa che se un'autorità locale decida di procedere all'erogazione diretta del servizio di tpl si applicano le seguenti disposizioni: "a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

al consueto *modus operandi* del legislatore europeo, il quale è solito concepire l'apertura al mercato e la disciplina della concorrenza, anche nell'ambito dei servizi pubblici, come elementi inderogabili. D'altra parte, l'intero processo di integrazione europea si fonda sulla costruzione del mercato unico e sull'imposizione del gioco concorrenziale a opera dei pubblici poteri.³⁸

Nella medesima direzione sembra collocarsi anche la giurisprudenza recente della CGUE allorché essa ha precisato che gli Enti locali che intendano aggiudicare direttamente un contratto di servizio di trasporto pubblico non sono tenuti a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie al fine di porli nella condizione di formulare un'offerta dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa.³⁹

Tuttavia, la CGUE si è spinta anche oltre ed è giunta a sgomberare il campo interpretativo concernente la facoltà per le Amministrazioni locali di ricorrere allo schema dell'affidamento *in house* mediante alcune pronunce con le quali essa ha stabilito la natura ordinaria – e non eccezionale – del suddetto ricorso. In sostanza, le pubbliche Amministrazioni possono deliberatamente decidere se autoprodurre o impegnarsi a erogare direttamente mediante propri organismi i servizi pubblici di tpl, senza previo obbligo di rivolgersi al mercato. La scelta sembra doversi interpretare quale conseguenza di una valutazione discrezionale rimessa agli Stati membri, ovvero alla p.A. Più precisamente, in risposta al rinvio pregiudiziale rivolto dal giudice amministrativo circa la compatibilità della disciplina nazionale che pone su di un piano subordinato la modalità dell'autoproduzione rispetto a quella che prevede il ricorso al mercato, la Corte di giustizia ha affermato che dal principio di libera organizzazione amministrativa consegue la libertà per gli Stati membri

- b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;
- c) in deroga alla lettera b), un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta;
- d) in mancanza di un'autorità competente a livello locale, le lettere a), b) e c) si applicano a un'autorità nazionale per una zona geografica non nazionale, a condizione che l'operatore interno non partecipi a gare pubbliche indette per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori della zona per la quale è stato aggiudicato il contratto di servizio pubblico;
- e) in caso di subappalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, l'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione”.

38. In merito A. SOMMA, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, I, 2023, p. 161 ss.

39. Così CGUE, 24 ottobre 2019, C-515/18, *Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Regione autonoma della Sardegna*.

di scegliere il modo di prestazione di servizi tramite cui le Amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze. Da ciò discende la libertà per la p.A. di subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte della stessa p.A. aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.⁴⁰

Si tratta di una questione dirimente giacché legislatore italiano, p.A. e giudici sovente si sono trovati in contrasto in merito. Infatti, come si vedrà, il legislatore prima, il giudice amministrativo dopo, hanno per lungo tempo ritenuto, nonostante la mancanza di un obbligo imposto dal diritto euro-unitario o della giurisprudenza della Corte di giustizia, il ricorso all'*in house providing* quale eccezione rispetto alla regola generale della procedura di gara.⁴¹

In altri termini, specialmente nell'ultimo ventennio, legislatore e giurisprudenza hanno tentato di stimolare gli Enti locali a procedere all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale mediante gare aperte in favore degli operatori economici e della tutela della concorrenza pur essendo tali servizi caratterizzati da una disciplina speciale, come previsto dal Regolamento (CE) del 2007 più volte richiamato, rispetto al resto delle altre materie in cui, viceversa, le istituzioni euro-unitarie prevedono in guisa categorica il dovere di procedere a evidenza pubblica.⁴²

Nonostante i menzionati tentativi di liberalizzare il settore del tpl, da una prospettiva maggiormente critica si è osservato che, nel contesto nazionale, la tendenza evidenziatasi nel settore del trasporto pubblico regionale e locale sino a oggi è stata quella di privilegiare gli affidamenti *in*

40. Così CGUE, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, *Rieco SpA c. Comune di Lanciano et al.* Per un'analisi della pronuncia C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urbanistica e appalti*, III, 2020, p. 354 ss.

41. In questa direzione M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house*, cit., p. 1342, rileva che nell'ordinamento italiano "l'istituto dell'*in house providing* è stato sempre considerato come un'eccezione alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, diversamente dal diritto comunitario dove la scelta tra l'esternalizzazione del servizio o l'autoproduzione sembra rappresentare [...] un'opzione alternativa quasi indifferente".

42. Sul tema dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale si consideri, *ex multis*, C. IAIONE, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012; C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *giustamm.it*, III, 2014; L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, I, 2015, p. 129 ss.; A. POLICE, *Il servizio di trasporto pubblico: Regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in L. VANDELLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2016; G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola?" Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in *federalismi.it*, XXIV, 2020, p. 113 ss.; A. MEALE, *L'affidamento in house come eccezione e il confronto con il diritto dell'Unione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1178 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Gli affidamenti in house nel quadro della tutela della concorrenza alla luce di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, I, 2021, p. 197 ss.; G. URBANO, *L'affidamento in house al tempo della transizione*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, I, 2023, p. 43 ss.

house. Il che sarebbe da addebitarsi al fatto che, a livello euro-unitario, viene mantenuto un atteggiamento di apparente neutralità o, addirittura, indifferenza, in ordine alle modalità di gestione del servizio.⁴³

Di talché si evince uno scenario nel quale il legislatore formalmente predilige l'attuazione di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di servizi di tpl, ma sostanzialmente tale auspicio è disatteso dall'attività degli Enti locali, dacché questi ultimi prediligono affidare direttamente a società *in house* l'espletamento dei servizi *de quibus*.

Il reiterarsi di queste condotte da parte delle Amministrazioni ha provocato nel tempo una frattura all'interno della stessa giurisprudenza del giudice amministrativo, divisa tra due orientamenti: il primo di tipo stringente, in cui la p.A. è chiamata a valutare attentamente la sussistenza dei requisiti per ricorrere all'affidamento diretto inteso quale strumento eccezionale rispetto alla regola generale della procedura a evidenza pubblica e del ricorso al mercato;⁴⁴ il secondo, viceversa, vede nell'affidamento a organismi *in house* dei servizi di tpl un rimedio ordinario che valorizza il potere discrezionale della p.A., al pari del ricorso al mercato, dal momento che tale soluzione è pienamente rispettosa del Regolamento (CE) n. 1370/2007.⁴⁵

Detta divisione deve con molta probabilità ricondursi, come è stato obiettato, al principio di autodeterminazione degli Stati membri in base al quale è indifferente per l'ordinamento europeo che uno Stato membro introduca delle condizioni stringenti volte alla verifica dell'economicità e dell'efficienza del modello dell'autoproduzione rispetto al mercato. In altri termini, la scelta del legislatore nazionale di penalizzare il ricorso all'affidamento diretto a vantaggio delle procedure concorrenziali è compatibile con il quadro normativo europeo e, pertanto, deve ritenersi un'opzione legittima.⁴⁶

La disputa tra rimedio straordinario (il ricorso all'*in house providing*) e rimedio ordinario (ricorso al mercato) sembra però da ultimo aver trovato una definitiva e unanime interpretazione in seguito ai recenti interventi del giudice amministrativo⁴⁷ e alle recenti decisioni del legislatore di porre, dapprima all'interno della disciplina di riordino dei servizi pubblici locali (art. 14, d. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), di poi tra i principi del nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 7, concernente il ricorso a meccanismi di autoproduzione e auto-organizzazione da parte dell'Amministrazione) sostanzialmente entrambi i modelli di gestione sullo stesso piano.

In definitiva, il legislatore nazionale ha recepito l'indirizzo euro-unitario che pone sul medesimo piano l'affidamento diretto e l'affidamento tramite procedura a evidenza pubblica rispetto all'orientamento che aveva deciso di adottare in passato, caratterizzato dalla scelta volta a favorire

43. Così M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura*, in *Nuove Autonomie*, II, 2021, p. 421.

44. Sulla natura eccezionale dell'affidamento *in house* Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2018, n. 1.

45. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale i cui profili saranno analizzati nel § 6 del presente lavoro.

46. Così V. APICELLA, A. PAIANO, *Il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada: affidamento in house e oneri motivazionali*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, I, 2021, p. 164.

47. In merito Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 18 luglio 2017, n. 3554.

l'esperimento di procedure di gara quale criterio ordinario di affidamento del servizio di tpl. Il che ha relegato la scelta per la p.A. di ricorrere allo strumento dell'*in house providing* a ipotesi straordinaria e di difficile applicazione, pur in assenza, lo si ribadisce, di un obbligo sovranazionale dal momento che la tesi dell'eccezionalità di questa modalità di gestione non ha trovato riscontro a livello europeo.⁴⁸

Si è trattato, infatti, di una presa di posizione politica da parte del legislatore su cui i giudici si sono espressi in sede di contezioso giurisdizionale.⁴⁹

3. Segue. La natura ordinaria dell'affidamento *in house* nella prospettiva del giudice euro-unitario e nazionale

Orbene, la non sussistenza di un particolare vincolo euro-unitario circa l'obbligo per gli Stati membri di procedere all'affidamento dei servizi in materia di tpl tramite gara rappresenta un'occasione per le Amministrazioni di decidere in seguito a proprie valutazioni se optare per l'affidamento *in house* o ricorrere, viceversa, al mercato.

A questo riguardo, la dottrina e la giurisprudenza europea parlano di "principio di libera amministrazione" in base al quale non vi è distinzione tra le due soluzioni poc'anzi prospettate. Sicché la decisione di istituire una gerarchia tra ricorso al mercato, inteso quale regola generale, e ricorso all'autoproduzione o auto-organizzazione anche per il settore del trasporto pubblico locale sembra doversi ricondurre esclusivamente al legislatore italiano.

Infatti, a partire dalla fine degli anni Novanta, l'obiettivo del legislatore italiano consiste nel ridurre sensibilmente – se non nell'annichilire – i margini di discrezionalità delle pubbliche Amministrazioni specialmente nel settore economico, di cui il servizio di trasporto pubblico locale rappresenta sicuramente una parte considerevole. In sostanza, il legislatore, esortato dai plurimi ammonimenti provenienti da alcune frange istituzionali estranee al circuito politico, preferisce investire le Amministrazioni di compiti limitati alla mera predisposizione delle procedure necessarie affinché gli operatori economici privati possano competere e aggiudicarsi le gare e i relativi contratti di servizio di tpl. Questo corrisponde a un atteggiamento di netta sfiducia verso l'operato delle Amministrazioni e, inevitabilmente, della politica *tout-court*.⁵⁰

48. Sul punto C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, cit.

49. Sull'incertezza che ha riguardato l'affidamento *in house* A. DISCIASCIO, *In house providing, società pubbliche joint venture e affidamenti ad imprese collegate*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Napoli, 2021, p. 243 ss.; H. BONURA, M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista della Corte dei conti*, III, 2020, p. 18 ss.

50. Sulla necessità che la politica riacquisti la propria capacità "di scelta" e sulla necessità che le pubbliche Amministrazioni tornino a esercitare il loro potere discrezionale, da ultimo, F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, XIX, 2024, p. 132 ss.

Così, nel procedere alla riforma dei contratti pubblici e nel rinnovare la disciplina dell'*in house providing*, nel 2016 il legislatore inserisce l'obbligo di comparazione tra le contrapposte soluzioni di gestione del servizio di tpl: l'*in house providing* da una parte e il ricorso al mercato dall'altra, riconoscendo quest'ultimo quale modalità di affidamento principale.

Più precisamente, l'art. 192, comma secondo, del Codice dei contratti pubblici previgente dispone che ai fini di dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.⁵¹

Dunque, nel redigere la nuova normativa sui contratti pubblici il legislatore del 2016 ha posto su un piano spiccatamente asimmetrico l'affidamento previo espletamento della procedura a evidenza pubblica e l'affidamento diretto da parte della p.A. a un proprio organismo da essa controllato, esprimendo una chiara preferenza per il primo. Così facendo il legislatore ha enfatizzato il proprio *favor* verso il mercato e la promozione della concorrenza anche in un settore particolare come quello del trasporto pubblico locale, verso cui, giova ricordarlo, financo le istituzioni euro-unitarie si sono ben guardate dall'imporre incondizionatamente la concorrenza stessa. Tutt'altro. Come cercato di evidenziare, il legislatore euro-unitario ha mantenuto una certa prudenza nei

51. Così art. 192, comma secondo, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In merito, M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale*, cit., p. 424, rileva che l'art. 192, comma secondo, del vecchio Codice "colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione inter-organica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento". Cfr. G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 51, rileva che "la disposizione sembra richiedere la valutazione di congruità economica dell'offerta come momento preliminare e di autonomo valore giuridico, ma a ben vedere tale valutazione non può che essere parte della più generale evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Inoltre, l'utilizzo della congiunzione "nonché" ripetuta per due volte sembrerebbe fare riferimento a profili motivazionali aggiuntivi rispetto alla valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ma in realtà i profili richiamati [...] sono aspetti intrinseci di tale valutazione [...] In realtà, le obiettive incongruenze lessicali riscontrate dovrebbe favorire una lettura d'insieme basata sul senso complessivo della disposizione piuttosto che su una sua scomposizione letterale atomistica. In questa prospettiva, il fattore dell'economicità o del costo del servizio non dovrebbe avere un valore "preventivo" né più in generale privilegiato, ma andrebbe diluito nella valutazione complessiva previa ragionevole ponderazione rispetto agli altri fattori qualitativi o finalistici". Sull'onere motivazionale ai sensi del Codice del 2016 B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1301, sostiene che esso risultava oneroso "non tanto per la motivazione, comunque necessaria, dell'atto di affidamento, ma per l'attività istruttoria che essa implicava e che si è spesso tradotta in lavoro per consulenti giuridici ed economici e in corrispondenti spese per le amministrazioni, più che in un miglioramento del processo decisionale".

confronti del settore del tpl, rimettendo alla discrezionalità degli Stati membri la decisione in merito alle modalità di affidamento dei relativi servizi.

In questo il legislatore italiano ha rivelato la sua “ossessione” verso il principio di libera concorrenza, spingendosi oltre le prescrizioni euro-unitarie e finendo per ergere la concorrenza medesima non più a strumento per conseguire un risultato amministrativo ottimale, bensì a vero e proprio fine dell’azione amministrativa.⁵²

Tuttavia, nonostante i plurimi tentativi del legislatore e un iniziale orientamento in questo senso da parte del giudice amministrativo, il ricorso al mercato non è stato unanimemente interpretato dalla giurisprudenza quale modalità di affidamento dotata di primarietà rispetto allo strumento dell’*in house providing*, finendo per divenire una modalità esattamente paritaria e corrispondente all’opzione dell’autoproduzione.

A questo riguardo, il giudice amministrativo ha sostenuto l’ordinarietà del ricorso all’*in house providing* da parte della p.A. in ragione della normativa euro-unitaria in materia, per esattezza ai sensi dell’art. 5, paragrafo secondo, del richiamato Regolamento n. 1370/2007, e, di riflesso, l’assenza di uno specifico dovere in capo all’Amministrazione di procedere a una previa comparazione tra modalità di affidamento giacché la modalità da essa prescelta, e cioè l’affidamento diretto, è riconosciuta come ordinaria.

Pertanto, essa non necessita di alcuna comparazione dacché, in alternativa, verrebbe privata della sua ordinarietà equiparabile alla possibilità per la p.A. di affidarsi al mercato.⁵³ Non solo, ma nella stessa occasione il giudice amministrativo ha altresì evidenziato che dal combinato disposto tra l’art. 192, comma secondo, e l’art. 18, comma primo, lett. a), di cui al d.lgs. n. 50/2016 emergono profili di contraddittorietà, dal momento che quest’ultimo esclude dalla propria applicazione espressamente,

52. D’altra parte, la (super) primarietà della concorrenza, quale principio fondamentale direttamente tutelato dall’art. 41 Cost., è stata, di recente, ribadita dalla Corte cost., 23 novembre 2021, n. 218. Tuttavia, questo indirizzo affonda le proprie radici lontane nel tempo, già nella sentenza del 2 dicembre 1982, n. 223, i giudici costituzionali ebbero modo di precisare che la libera concorrenza “integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori” e che detta libertà “è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi”. Esprime delle criticità in merito alla possibilità per i pubblici poteri di conformare la libertà d’impresa e di iniziativa economica privata al fine di tutelare il gioco della libera concorrenza, anche in relazione allo schema dell’*in house providing*, C. SERENI LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà d’impresa*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2022, p. 388, secondo cui la tutela della concorrenza e l’apertura al mercato rappresentano solo uno dei fattori determinanti nei rapporti giuridici tra soggetti, sicché “la comprensibile esigenza di soddisfare il principio della concorrenza non può cioè condurre a soluzioni concretamente lesive dell’interesse dell’imprenditore. Ferma la legittima preoccupazione che nelle concessioni affidate senza gara possa determinarsi una sostanziale situazione di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza, con un aumento dei costi per la gestione della stessa concessione e la traslazione oneri sugli utenti e i contribuenti, occorre tener conto anche dell’interesse dell’imprenditore, attenuando la radicalità dell’obbligo di esternalizzazione, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo”.

53. Così Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310.

ai sensi del menzionato Regolamento europeo in materia, le concessioni di servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri.⁵⁴

Inoltre, l'esonero dall'applicazione dalle norme in materia di procedura a evidenza pubblica per i servizi di tpl troverebbe una conferma anche all'interno della disciplina nazionale, in particolare nell'art. 61 della l. 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), secondo cui anche in deroga alla disciplina di settore, le pubbliche Amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafo secondo, del Regolamento n. 1370/2007/CE.

Sicché il giudice nazionale, recependo le indicazioni del legislatore euro-unitario e della Corte di giustizia in materia di tpl, ha inteso ragionevolmente far valere il carattere speciale della normativa di cui al Regolamento n. 1370/2007 rispetto alle previsioni generali della direttiva n. 2014/24/UE e di quelle concernenti gli affidamenti in house di cui al precedente Codice dei contratti pubblici del 2016.

Questo ha consentito la piena e pacifica parificazione tra affidamento diretto e affidamento in seguito all'espletamento di procedure a evidenza pubblica per quanto concerne i servizi di tpl, rimettendo alle opportune valutazioni e decisioni della singola Amministrazione locale la modalità ritenuta maggiormente corrispondente agli interessi della collettività.

Si tratta di un orientamento che sembra essersi consolidato solo parzialmente all'interno delle novità legislative del 2022 concernenti il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, le quali hanno riguardato anche il settore del tpl e la relativa possibilità per gli Enti locali di affidare a società *in house* lo svolgimento del servizio.

4. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 201/2022

L'emanazione del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 (*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*), in vigore a partire dal 31 dicembre) interessa direttamente il settore dei servizi del trasporto pubblico locale e la relativa possibilità per le p.A. di procedere all'affidamento *in house*. A riguardo, obiettivo del legislatore è quello di elaborare una disciplina dei servizi pubblici locali omogenea e che fornisca le indicazioni necessarie sulle modalità di gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale.⁵⁵

54. *Ibidem*. Sul punto, *ex plurimis*, C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, VIII, 2019, p. 2 ss.

55. Sulla riforma dei servizi pubblici locali, senza presunzione di completezza, R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, cit.; P. CHIARULLI, *Il d.lgs. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2023, p. 295 ss.; S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Ivi*, p. 319 ss.; N. RANGONE, *La*

Le disposizioni del decreto n. 201/2022 si applicano a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, in grado dunque di integrare le normative dei singoli settori. L'art. 4 del decreto precisa che in caso di contrasto tra questo e singole normative di settore prevalgono le norme del primo, operando come *lex specialis*, salvo lo stesso decreto non preveda espressamente la prevalenza di norme specifiche della singola normativa di settore.

Quanto alle modalità di gestione, l'art. 14 del decreto elenca tassativamente le modalità di gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale che gli Enti locali possono impiegare, ovvero l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica nel rispetto del diritto UE (art. 15); affidamento a società mista (art. 16); affidamento a società *in house* (art. 17); gestione in economia o mediante aziende speciali limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete (art. 114 del TUEL).

Sempre l'art. 14, al secondo comma, prevede che ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'Ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.⁵⁶

Dalla lettura della norma non sembra potersi evincere alcuna gerarchia o distinzione tra modelli di gestione ordinari e straordinari per la prestazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Qualunque sia la modalità di gestione prescelta dall'Ente locale, quest'ultimo deve considerare i profili appena menzionati. In questo senso la norma legislativa funge da parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale.

Per quanto concerne il ricorso all'*in house providing* e ai profili che più interessano questa sede devono ora considerarsi gli artt. 17 e 32 del d.lgs. n. 201/2022. Il primo si occupa di definire e disciplinare il modello dell'auto-organizzazione,⁵⁷ il secondo si occupa delle disposizioni di coordinamento in materia di tpl. L'affidamento *in house* di cui all'art. 17 si distingue dalle modalità di affidamento a società mista e dall'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica sotto un profilo di rilevante importanza.

qualità "tecnologica" dei servizi pubblici locali. Implicazioni e prospettive, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, I, 2024, p. 93 ss.; S. SILEONI, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2024, p. 1 ss.

56. Sull'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022, cit., M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, cit., p. 227 ss.

57. Dovendosi precisare che l'auto-organizzazione amministrativa "è riferibile ai rapporti, come l'*in house*, che sono interorganici, ma non intersoggettivi. L'interazione amministrativa si riferisce ai rapporti intersoggettivi tra diverse pubbliche amministrazioni, come gli accordi di cooperazione". Così G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 45.

La norma, infatti, impone all'Ente locale che intenda procedere all'affidamento *in house* di motivare – qualora si tratti di prestazioni per importi superiori alle soglie di rilevanza europea – in modo qualificato la deliberazione, dando espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*.

In altri termini, tramite l'inserimento dell'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022, il legislatore, si è detto, cerca di limitare e restringere l'ambito e i margini del ricorso allo schema dell'*in house providing* sottoponendo l'Amministrazione a un onere motivazionale qualificato che impone il dovere di dimostrare i benefici in favore della collettività che deriverebbero dalla gestione *in house*, l'impatto sulle casse pubbliche, la qualità dei servizi prestati, i costi per gli utenti e gli obiettivi di natura universale, sociale e ambientale che la modalità prescelta sarebbe in grado di conseguire anche alla luce di precedenti gestioni. Simile onere non è rinvenibile nelle disposizioni precedenti riguardanti l'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica o a società mista, il che sarebbe da ricondurre all'intenzione del legislatore di adottare una disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico in linea con un indirizzo maggiormente proconcorrenziale.⁵⁸

Inoltre, la norma in esame, al terzo comma, prevede che il contratto di servizio debba essere stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione della deliberazione di affidamento *in house* presso il sito dell'ANAC, precisando che tale obbligo sia esteso a tutte le fattispecie di affidamento *in house* al di sopra delle soglie fissate a livello europeo, compresi gli affidamenti di cui all'art. 32 del decreto concernente il settore del tpl.⁵⁹

Nella formulazione del comma, il legislatore ritiene opportuno specificare che l'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 17 debba estendersi a tutte le ipotesi di affidamento *in house*, specificando separatamente che detto obbligo riguardi anche i servizi prestati nell'ambito del trasporto pubblico locale. Questo probabilmente perché il settore del tpl, da tempi remoti, è stato caratterizzato da numerose e diverse deroghe rispetto all'applicazione indistinta della concorrenza nel mercato. Non è un caso che molte eccezioni siano state previste dallo stesso legislatore euro-unitario specificamente per il settore del tpl, si pensi a quanto previsto dal Regolamento n. 1370/2007/CE più volte richiamato.

58. In questa direzione A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *federalismi.it*, XXIX, 2023, p. 39 ss.

59. Con riferimento al settore del trasporto pubblico locale, sebbene l'art. 32 "fa salve anche le (ulteriori) modalità di gestione e affidamento del servizio "indicate dalla normativa europea di settore, nei casi e nei limiti dalla stessa previsti": in particolare continuano ad essere consentiti gli affidamenti diretti ai sensi del Regolamento (CE) n. 370/2007 [...] In ogni caso, in tali ipotesi, trova applicazione non solo la disciplina che deve accompagnare ogni scelta sulle modalità di gestione ai sensi dell'art. 14, commi 2 e 3, ma anche lo specifico meccanismo procedurale previsto dall'art. 17, comma 3, in relazione agli affidamenti *in house*". Così M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, cit., p. 238.

Tuttavia, il legislatore italiano non sembra aver colto il margine di discrezionalità riconosciuto dal Regolamento europeo di settore circa la possibilità di elaborare una disciplina in materia di tpl che potesse celermente e senza oneri procedurali aggravati e/o qualificati favorire un agevole ricorso all'affidamento *in house* da parte degli Enti locali. Questo sembra piuttosto aver preferito riservare alla figura dell'affidamento *in house* un iter tipizzato, che l'Ente locale deve osservare al fine della legittimità del procedimento e che consiste nel dovere di allegare una motivazione qualificata.⁶⁰

A riguardo, è stato ragionevolmente obiettato che l'onere di motivazione risulta essere più gravoso rispetto financo a quello previsto dalla disciplina generale dei contratti pubblici del 2016 (e anche del 2023), dal momento che viene recuperato l'obbligo di dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Il rischio però è che anche questi elementi della motivazione si traducano più in spese per consulenti che in un effettivo miglioramento del processo decisionale.⁶¹

In merito, ciò che deve rilevarsi è che, sebbene il legislatore abbia mostrato la sua propensione a restringere i margini di scelta degli affidamenti diretti per le Amministrazioni locali mediante l'obbligo per queste ultime di rispettare i requisiti motivazionali prima ancora dell'adozione del decreto n. 201/2022,⁶² l'obbligo di motivazione, seppur qualificato, in concreto non necessariamente può rivelarsi sempre un ostacolo insormontabile al ricorso all'affidamento *in house*.

D'altra parte, tale onere potrebbe essere interpretato quale necessità da parte del legislatore di evitare che gli Enti locali, nell'esercizio di un potere libero e a tratti arbitrario piuttosto che discrezionale, deliberino per una modalità di gestione che non risponda alle esigenze della collettività di riferimento, che implichi svantaggi economici per i bilanci pubblici o che non sia idoneo a meglio perseguire l'interesse pubblico.

In altre parole, l'obbligo di motivazione qualificato, inteso in una prospettiva alternativa alla solita che invece tende ad assurgere la concorrenza e il mercato a paradigmi inderogabili e a unico fine dell'attività amministrativa, può rivelarsi funzionale a una maggiore responsabilizzazione dei procedimenti decisionali condotti dagli Enti locali in materia di affidamenti di servizi, ivi compresi quelli inerenti al trasporto pubblico locale.

60. Sul punto W. TROISE MANGONI, *La motivazione qualificata nell'affidamento in house*, in R. VILLATA, S. VALAGUZZA (a cura di), *I servizi pubblici*, cit., p. 307 ss.

61. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1330 ss., il quale prosegue sostenendo che oltre l'onere di motivazione "il testo unico scoraggia gli affidamenti *in house* anche con altre prescrizioni: il limite di cinque anni alla durata dell'affidamento; la previsione, per i servizi a rete, di un piano economico finanziario asseverato da allegare alla delibera di affidamento; un meccanismo di monitoraggio che impone di motivare annualmente sul meccanismo dell'affidamento".

62. Infatti, detta intenzione si rinviene già all'interno della c.d. legge sulla concorrenza (2021) approvata con l. 5 agosto 2022, n. 118, art. 8, lett. m), in cui il legislatore ha previsto quale criterio direttivo per il riordino dei servizi pubblici locali anche l'estensione "nel rispetto della normativa dell'Unione europea, della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali, in materia di scelta della modalità di gestione del servizio e di affidamento dei contratti, anche al settore del trasporto pubblico locale". Come si legge dalla norma, il legislatore ha ricompreso all'interno della legge sulla concorrenza anche il settore del tpl.

Così il dovere di motivare in guisa puntuale, rispettando i requisiti elencati all'interno dell'art. 17 del decreto n. 201/2022, la scelta di affidare direttamente a una società in house la produzione o la organizzazione di un servizio pubblico di interesse economico generale non risulta essere in contrasto con la presente modalità di gestione, sebbene la volontà del legislatore di ridurre oltremodo le fattispecie di affidamenti *in house* in favore dell'esternalizzazione dei servizi agli operatori economici del mercato sembra emergere vistosamente dall'*onus probandi* che la lettera della norma impone alla p.A.

In questa direzione è stato giustamente evidenziato come sia opzione politica qualificante l'aver voluto affermare una connessione stretta tra i valori sociali perseguiti nella disciplina dei servizi pubblici e la concorrenza.⁶³

Un'interpretazione eccessivamente restrittiva circa il ricorso all'*in house providing* potrebbe però risultare in contrasto con la stessa previsione legislativa che ha inteso definitivamente equiparare le ipotesi di modalità di gestione (ricorso al mercato, affidamento a società mista e affidamento *in house*) come da tempo elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del giudice amministrativo italiano.

Per questa ragione, l'onere motivazionale qualificato può anche prestarsi a un'interpretazione che vede nell'affidamento *in house* una decisione amministrativa adottata solo in seguito a un preciso *iter* procedimentale condotto dalla p.A. e in cui essa abbia puntualmente considerato e valutato – e, dunque, motivato – le circostanze e gli interessi che rilevano nella fattispecie concreta e che hanno indotto la stessa a optare per la modalità di gestione prescelta.⁶⁴

Tale procedimento non può che svolgersi in un contesto in cui l'Amministrazione esercita, legittimamente e come meglio crede, il proprio potere discrezionale.

5. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 36/2023: un parallelismo

L'alternanza escludente tra ricorso al mercato e ricorso all'*in house providing*, come cercato di evidenziare in precedenza, è stato uno dei temi principali posti al centro delle decisioni giurisprudenziali sia a livello europeo che interno, ma essa ha riguardato anche i processi legislativi che hanno condotto Parlamento e Governo a redigere dapprima il decreto di riordino dei servizi pubblici essenziali, di poi il nuovo Codice dei contratti pubblici adottato mediante il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. In quest'ultimo il legislatore vi ha previsto una serie di novità nel tentativo di agevolare le procedure di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici alla luce delle esigenze ravvisate dal legislatore euro-unitario in seguito alle conseguenze arrecate dalla pandemia da Covid-19.

63. Così A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. 266.

64. In questo senso M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, cit., p. 244, rilevano che la motivazione qualificata “è senza dubbio uno strumento fondamentale al fine di favorire un utilizzo più razionale (e consapevole) del modello *in house* [...]”.

L'esigenza di rivedere la disciplina dei contratti pubblici sembra doversi ricondurre principalmente alla difficoltà per le stazioni appaltanti di eseguire in modo efficiente, efficace e tempestivo i contratti, ravvisando non pochi problemi in relazione alle procedure di indizione della gara, di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto.

A questo proposito, i nodi e gli ostacoli erano noti da tempo, a cominciare dall'inerzia e dalla paura dei funzionari amministrativi nelle fasi di aggiudicazione e stipula del contratto nota alla cronaca anche come "paura della firma". Tuttavia, tra le cause maggiormente avvertite e connotanti il problema dell'esecuzione efficace e tempestiva dei contratti è stata ravvisata l'eccessiva enfaticizzazione del concetto di concorrenza e la conseguente applicazione di questo principio in modo indistinto e pervasivo all'interno di ogni ambito dei contratti pubblici.

Questo atteggiamento volto a presentare la concorrenza come un vero e proprio dogma intangibile e non suscettibile di revisione ha condotto il legislatore del 2023, in preda alla crisi pandemica e alla contestuale e inevitabile crisi economica, a intraprendere un importante mutamento di paradigma, al fine di semplificare e accelerare gli affidamenti nel settore delle concessioni e degli appalti pubblici. A tale proposito, lo stesso legislatore ha ravvisato la necessità di "demitizzare" il principio di libera concorrenza, il quale aveva oramai assunto le sembianze di vero e proprio fine e non, invece, di strumento ritenuto idoneo alla conclusione del miglior contratto possibile.⁶⁵ D'altra parte, un eccessivo quanto dannoso appiattimento da parte dell'Amministrazione in favore della concorrenza rischia di risultare in contrasto con il principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Non solo, ma l'eccessiva sfiducia nei confronti della politica e, di riflesso, dell'operato della p.A. e dei suoi funzionari, e l'aver erto il principio di libera concorrenza a fine – piuttosto che a strumento – dell'attività amministrativa hanno impedito all'Amministrazione di esercitare quel potere discrezionale che la legge del Parlamento, di volta in volta e a seconda delle circostanze, le conferisce.

Così il legislatore del 2016 nel generale clima di sfiducia ha contestualmente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) sia la funzione di prevenzione della corruzione sia il compito di regolare e vigilare il settore dei contratti pubblici. Il che ha provocato una torsione funzionale della disciplina dei contratti pubblici molto forte, ora superata, da cui è scaturita una sorta di ostilità nei confronti della discrezionalità.⁶⁶

Nella medesima direzione, come è stato obiettato, alla discrezionalità amministrativa si è sostituita, molto spesso, la discrezionalità dell'interprete incerto e confuso,⁶⁷ in grado di alterare l'ordinario processo delle dinamiche afferenti all'attività amministrativa, finendo per relegare l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione a ipotesi soltanto eventuale. In questo

65. Così Camera dei Deputati, 5 gennaio 2023, "Relazione agli articoli e agli allegati", p. 13.

66. Così F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, p. 13 ss.

67. Così F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, p. 4.

quadro, per lungo tempo, si è insediato e sviluppato “l’attacco alla discrezionalità” quale fenomeno non soltanto giuridico, ma anche, se non soprattutto, sociale e culturale.⁶⁸

Tra le principali novità introdotte dalla disciplina del 2023 deve segnalarsi sinteticamente l’enunciazione all’interno dei primi dieci articoli dei principi che debbono informare l’attività delle stazioni appaltanti nelle fasi di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, in cui primeggiano il principio del risultato, il principio della fiducia verso l’operato della p.A. e il principio di accesso al mercato.⁶⁹

Più precisamente, il legislatore ha inteso accordare al principio del risultato un valore, quantomeno dal punto di vista formale, primario, dal momento che, come previsto dall’art. 1 del Codice, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati al perseguimento del risultato, dunque, dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.⁷⁰

68. Riprendendo le parole di F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 127.

69. In questo senso E. FOLLIERI, *I contratti pubblici riformati*, in *giustamm.it*, V, 2023, ha parlato, in relazione ai principi di risultato, fiducia e accesso al mercato, di “super principi” proprio per rimarcare l’importanza e la primarietà rispetto ai principi che seguono.

70. Lo stesso articolo, nei commi successivi, dispone che il principio del risultato “costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea” e “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”. Sul principio del risultato in dottrina, senza presunzione di completezza, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in <https://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/relazioni-book-contributi/perongini-sergio-il-principio-del-risultato-e-il-principio-di-concorrenza-nello-schema-definitivo-di-codice-dei-contratti-pubblici-pdf.pdf>, 2022, p. 1 ss.; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ordinatori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. V ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato*, cit. p. 1 ss.; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L’avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l’equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, I, 2023, p. 31 ss.; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; B.G. MATTARELLA, S. CASTROVINCI ZENNA, *Principio del risultato*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 3 ss.; A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, II, 2024, p. 349 ss.; M. ABBRUZZESE, *Effettività della tutela e principio del risultato nel processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024; M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, IX, 2024, p. 206 ss.; P. MARZARO, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un ‘nuovo paradigma’ di amministrazione*, in *Il diritto dell’economia*, III, 2024, p. 441 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, cit., p. 13 ss. F. CONTE, *Il principio del risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, III, 2024, p. 1290 ss.; G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, XIV, 2024, p. 232 ss.

Al principio del risultato si ricollega il principio di auto-organizzazione di cui all'art. 7 del Codice e la conseguente possibilità, dunque, per l'Amministrazione di procedere all'affidamento mediante il ricorso all'*in house providing*.⁷¹ L'intento del legislatore del 2023 è consistito nell'alleggerire gli oneri in favore della p.A. che intenda, nel rispetto dell'ordinamento interno e sovranazionale, ricorrere a meccanismi di autoproduzione e auto-organizzazione piuttosto che rivolgersi al mercato.⁷²

In altri termini, il legislatore sembra aver adottato un atteggiamento di favore verso l'affidamento diretto a società *in house* di lavori, servizi e forniture rispetto al passato, in cui invece era solito porre la p.A. a vincoli e oneri alquanto stringenti allorché essa si fosse rifiutata di rivolgersi al

71. La norma dispone: "1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

3. L'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione".

72. Come evidenzia B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1326, l'affidamento *in house* "è una delle opzioni consentite alle amministrazioni, alle quali l'articolo vuole innanzitutto riconoscere autonomia. Il cambio di atteggiamento nei confronti dell'istituto è evidente. Rimane, è vero, l'onere di motivazione aggravata, ma un po' alleggerito rispetto alle previsioni del precedente codice: non è più richiesta l'indicazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato. È scomparso, inoltre, il riferimento all'offerta dell'organismo *in house* [...] Un'ulteriore semplificazione, a sua volta espressione del mutato atteggiamento del legislatore, è la soppressione dell'elenco ANAC". Sul recente dialogo tra CGUE e giudice amministrativo in relazione al ricorso all'*in house providing* e a una visione dello stesso "risultatistica" e "sostanzialistica" – come di recente prospettata dalla decisione del Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933 – si consideri E. GIOVANNELLI, *Specificazioni per la prosecuzione degli affidamenti in house in caso di aggregazioni societarie. Spunti di riflessione sui rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia*, in *Amministrativ@mente*, III, 2024, p. 1156 ss.

mercato. Per questa ragione, nel contesto italiano l'impiego dell'*in house* è stato interpretato, fino a tempi recenti, quale modello di gestione eccezionale per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, mentre il ricorso al mercato quale modalità di gestione ordinaria.⁷³

Il nuovo art. 7 viceversa cerca di introdurre un significativo mutamento di paradigma, consentendo alla p.A. di optare – in seguito all'esercizio del proprio potere discrezionale e nel rispetto dei limiti posti dalla stessa norma – per gli affidamenti diretti in luogo dell'aggiudicazione previo esperimento di apposite procedure competitive senza incorrere in alcuna violazione. A questo proposito, il nuovo Codice sembra aver meglio funzionalizzato il principio di libera concorrenza, rendendolo effettivamente strumentale al conseguimento dell'interesse pubblico e, dunque, del risultato rispetto alla disciplina previgente in cui, viceversa, la concorrenza aveva assunto le sembianze di un super principio talvolta fine a sé stesso.⁷⁴

Non è da escludersi che una tale apertura in favore del ricorso a meccanismi di auto-organizzazione e autoproduzione sia stata ispirata anche dall'esperienza riguardante il settore del trasporto pubblico locale, laddove legislatore e giurisprudenza euro-unitari hanno riconosciuto ampi margini di scelta agli Stati membri circa le modalità di gestione di suddetti servizi, specialmente per le difficoltà che il mercato può rinvenire nel soddisfare gli interessi della collettività.

La precedente scelta però di restringere il campo dell'affidamento *in house* anche per quanto concerne i servizi di tpl, come si evince dalla normativa di cui al d.lgs. n. 201/2022, induce a ritenere che il tentativo di agevolare gli affidamenti diretti all'interno della disciplina dei contratti pubblici derivi piuttosto dall'esigenza del legislatore di attuare il PNRR e adempiere agli obblighi assunti in sede euro-unitaria.

Come evidenziato però il nuovo Codice dei contratti pubblici non riconosce all'Amministrazione un potere libero di scelta in merito alla possibilità di procedere ad affidamenti *in house* piuttosto che ricorrere al mercato. Infatti, l'art. 7 subordina il ricorso all'*in house providing* da parte della p.A. al rispetto di determinati requisiti, il che sembra confermare il tentativo di uniformazione di questo modello di gestione da parte del legislatore.

Più precisamente, l'art. 7, al di là del dovere di osservanza dei principi di cui ai primi tre articoli (risultato, fiducia, accesso al mercato), impone all'Amministrazione di motivare la decisione con la quale essa intende procedere all'affidamento diretto piuttosto che indire una procedura a evidenza pubblica, dovendo allegare le ragioni dei vantaggi per la collettività, delle connesse ester-

73. Sulla necessità di limitare il ricorso all'*in house providing* e di favorire, viceversa, l'apertura del mercato e la concorrenza per gli operatori economici F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, III, 2010, p. 339 ss.

74. Secondo F. FIGORILLI, *L'in house providing fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2023, p. 352 ss., invece, non vi sarebbe stato alcun cambiamento sostanziale rispetto alla disciplina previgente di cui all'art. 192, comma secondo, del vecchio Codice, giacché l'unica novità contenuta all'interno della nuova normativa sui contratti pubblici sarebbe rappresentata dal superamento dell'obbligo previsto dalla precedente disciplina in ordine alla comunicazione preventiva all'ANAC della volontà di affidare alle sole società *in house* registrate nell'elenco predisposto da tale Autorità lo svolgimento di un servizio pubblico locale.

nalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche che il ricorso all'autoproduzione garantirebbe rispetto al contrapposto ricorso al mercato.⁷⁵

Quanto alla scelta del modello di gestione, è stato evidenziato come il vero criterio dirimente per la scelta amministrativa tra autoproduzione e ricorso al mercato risieda nella presenza nel caso concreto di esigenze che vanno al di là della prestazione considerata nel suo profilo strettamente economico, esigenze che non possono essere soddisfatte se non con la creazione, attraverso l'affidamento *in house*, di un valore sociale aggiunto per la collettività di riferimento.⁷⁶

In sostanza, la norma attribuisce senz'altro alla p.A. la possibilità di poter ordinariamente optare per il modello gestionale *in house* per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture,⁷⁷ ma al contempo impone alla stessa Amministrazione un onere motivazionale che si è anche definito "rafforzato",⁷⁸ giacché la scelta della p.A. deve tener conto e provare la sussistenza dei requisiti ora richiamati.⁷⁹ Di talché, parimenti con quanto cercato di introdurre all'interno della disciplina del tpl nazionale,⁸⁰ il legislatore italiano ha preferito in ogni caso inserire nel dettato normativo alcune limitazioni al

75. Art. 7, comma secondo, d.lgs. n. 36/2023, cit.

76. Così A. ZITO, *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 78.

77. Cfr. A. LALLI, *In house*, cit., p. 270 ss., secondo cui, invece, non pare possibile parlare di "equiordinazione" tra affidamento *in house* e ricorso al mercato in relazione al nuovo Codice dei contratti pubblici.

78. Di recente, in questo senso, A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati*, cit., p. 38 ss.

79. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1335, secondo cui la disciplina generale dell'*in house* del Codice "impone ormai solo un onere motivazionale, più o meno intenso in relazione al tipo di attività. Questa scelta non appare felice, né in termini di efficacia né in termini di rispetto dell'autonomia delle amministrazioni".

80. A questo proposito, Corte cost. 27 maggio 2020, n. 100, con cui il giudice delle leggi, pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Liguria in riferimento alla possibile violazione dell'art. 76 Cost. da parte del d.lgs. n. 50 del 2016 di recepimento delle direttive appalti del Parlamento europeo e del Consiglio, nella parte in cui esso prevede (art. 192, co. 2) l'obbligo dell'amministrazione di motivare la scelta di affidare un determinato servizio *in house*, benché l'art. 1, co. 1 della legge delega (legge n. 11 del 2016) prevedesse alla lett. a) il divieto del c.d. *gold plating*, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, ha dichiarato (sentenza n. 100 del 5 maggio 2020) non fondata tale questione, perché la disposizione censurata – rivolgendosi all'amministrazione e seguendo una direttrice pro-concorrenziale, volta ad allargare il ricorso al mercato – non viola quel divieto, dal momento che la *ratio* di quest'ultimo è impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dell'Unione, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini. Il divieto in esame va infatti interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari" e non di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali – nel caso di specie la trasparenza amministrativa e la tutela della concorrenza – in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza sono recessive. La specificazione introdotta dal legislatore delegato – secondo la Corte – deve ricondursi all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la *ratio* ed è coerente con il quadro normativo di riferimento. La pronuncia è stata

ricorso all'*in house providing* che non sembrano provenire dal diritto euro-unitario quanto piuttosto dall'immanente propensione del primo a estendere indistintamente l'applicazione del dogma concorrenziale a tutti i settori dell'economia,⁸¹ dal momento che, ad esempio, lo stesso legislatore euro-unitario ha precisato all'interno della direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici.⁸²

A ciò si sono sommati in Italia, nel corso degli ultimi anni, i plurimi interventi espressione della funzione sublegislativa o di *advocacy* e consultiva da parte di alcune autorità amministrative indipendenti, si pensi alle linee guida ANAC verso cui talora il Consiglio di Stato è intervenuto per circoscrivere l'ambito di intervento dell'Autorità ed evitare non utili ingerenze all'interno della sfera legislativa.⁸³

Così, se da una parte il legislatore ha inteso semplificare il ricorso all'*in house providing* nella disciplina dei contratti pubblici attribuendogli al contempo la valenza di principio, eliminando l'onere per la p.A. di dimostrare la sussistenza di una situazione tipica di fallimento del mercato⁸⁴ e l'obbligo per le imprese *in house* di registrarsi presso l'apposito registro (ora abrogato) custodito dall'ANAC,

commentata, *ex plurimis*, da M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *giustiziainsieme.it* dell'11 giugno 2020; M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte dei conti*, III, 2020, p. 82 ss.; G. RIVELLINI, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 2021, spec. p. 846 ss., in cui l'Autore richiama la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943, in cui i giudici hanno chiarito che il divieto di *gold plating* "non ha un fondamento costituzionale e, non essendo un canone imposto dall'Unione europea, da un lato, non può valere neppure quale parametro interposto ex art. 117 comma 1, Cost., dall'altro, non può mai impedire aggravamenti procedurali o regolatori se strumentali alla protezione di valori costituzionali".

81. Infatti, lo stesso art. 7, comma terzo, d.lgs. n. 36/2023, dispone che l'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, il cui art. 17 prevede l'obbligo per la p.A. di allegare una motivazione qualificata qualora essa deliberi di optare per il sistema di autoproduzione in alternativa al ricorso al mercato.

82. Considerando n. 5, direttiva n. 2014/24/UE, cit.

83. Il riferimento è ad ANAC, 20 settembre 2016, n. 7, "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016" oggetto di intervento da parte del Cons. Stato, Commissione speciale, 1° febbraio 2017, n. 282 come ricorda G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 67.

84. Sulla ricorrente espressione "fallimento di mercato" G. URBANO, *Gli affidamenti in house*, cit., p. 52, obietta che essa utilizzata "per sintetizzare l'onere motivazionale legate alle ragioni del mancato ricorso al mercato appare di dubbia pertinenza e, dunque, equivoca. Infatti, quest'ultima espressione si addice più propriamente ad alcune previsioni del passato che richiedevano la previa verifica dell'incapacità del mercato di adempiere agli obiettivi qualitativi e finalistici auspicati". L'Autore riprende Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682; Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

dall'altra, invece, il permanere in capo alla p.A. di un obbligo di motivazione rafforzato rappresenta un limite (che può però rivelarsi anche benefico come cercato di evidenziare per l'affidamento *in house* disciplinato dal d.lgs. n. 201/2022) all'esercizio del suo potere discrezionale.⁸⁵

Per cercare di offrire un quadro della disciplina maggiormente esaustivo, prima di effettuare delle brevi conclusioni in argomento, utile è richiamare parte del recente lavoro svolto dalla giurisprudenza amministrativa in merito ad alcune decisioni adottate dagli Enti locali che hanno affidato a società *in house* lo svolgimento di servizi nel settore del tpl extraurbano.

6. Il ricorso all'*in house* e il recente orientamento del giudice amministrativo

Nel 2024 il giudice amministrativo è tornato in più occasioni a pronunciarsi in merito alla possibilità per le pubbliche Amministrazioni di procedere, nell'ambito dei servizi di tpl, ad affidamenti diretti mediante il ricorso all'*in house providing* piuttosto che effettuare procedure di gara aperte alla concorrenza tra operatori economici. È d'uopo precisare che le pronunce che ora si passano in rassegna hanno a oggetto affidamenti diretti nel settore del tpl extraurbano in favore di società *in house*, disposti entrambi *ante* entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022. Nella seconda delle due pronunce che ci si accinge a osservare però in discussione vi è la scelta da parte della Regione di affidare parte delle linee che erano state inizialmente destinate a operatori privati all'esito di un confronto competitivo.

Orbene, con sentenza n. 1671/2024 il Consiglio di Stato, confermando la decisione del giudice di prime cure, ha giudicato legittimo il ricorso all'*in house providing* per i servizi di tpl extraurbano da parte del Comune di Genova dopo aver revocato le procedure competitive su due diversi lotti. La decisione del Comune è stata contestata e impugnata da una società interessata ad aggiudicarsi l'appalto di servizi dapprima dinanzi al TAR Liguria, di poi dinanzi al Consiglio di Stato.

Tra le doglianze mosse nei confronti della decisione di primo grado, la società ricorrente ha lamentato la mancata comparazione tra le modalità di gestione dell'affidamento, avendo l'Amministrazione revocato le procedure competitive inizialmente avviate, l'assenza di motivazione sulle ragioni per cui non si sia fatto ricorso al mercato, l'assenza in capo alla società *in house* del requisito

85. In merito alle novità apportate dal nuovo Codice concernenti il ricorso all'*in house providing* secondo M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house*, cit., p. 1346, ne consegue “un'impostazione che sembra più simile a quella del diritto comunitario, nella misura in cui la scelta tra autoproduzione e esternalizzazione appare adesso quasi paritaria, superandosi alcuni dei dubbi di legittimità che erano stati formulati. Tuttavia, come è stato evidenziato, si tratta di una parità solo tendenziale, considerato che mentre il ricorso al mercato non richiede alcuna motivazione, la scelta dell'affidamento diretto a una società *in house* comporta ancora l'onere di una motivazione puntuale”. L'Autore richiama le riflessioni di A. GIORDANO, *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Annotato articolo per articolo. D lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023, p. 159, sostiene che “il nuovo codice pone, invece, ricorso al mercato e auto-produzione su una curva di indifferenza, coerentemente con i principi del risultato e della fiducia nell'azione amministrativa (non a caso richiamati dallo stesso co. 2 della norma in commento)”, e A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2023, p. 69.

del controllo analogo⁸⁶ e la violazione del principio di concorrenza di cui all'art. 107 TFUE. Prima di giungere all'adozione della propria decisione, il Consiglio di Stato ha sospeso il processo in attesa della pronuncia da parte della CGUE su una richiesta di rinvio pregiudiziale effettuata dallo stesso giudice nazionale.⁸⁷

86. Requisito che tuttavia il giudice amministrativo, proprio in riferimento alla società *in house* titolare dei servizi di tpl, ha ritenuto sussistente già in Cons. Stato, n. 4310, cit., essendo “il Comune di Genova, titolare di una partecipazione pressoché totalitaria (94,94%) al capitale sociale della Azienda Mobilità e Trasporti del potere di nomina della maggioranza degli amministratori della società partecipata [...]”.

87. Si fa riferimento all'ordinanza del Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2022, n. 1620, in cui il giudice amministrativo ha posto i seguenti quesiti al giudice euro-unitario: “se l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione del regolamento 1370/2007/CE all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore; b) in caso di riscontro negativo al primo quesito, ove si ritenga applicabile il regolamento n. 1370 cit. anche all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore, si chiede ulteriormente “se l'art. 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso di imporre, anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio pubblico comprendente il trasporto di passeggeri con tram, una verifica sulla forma giuridica assunta dall'atto di affidamento, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. gli atti che non assumano la forma di contratti di concessione di servizi”; c) in caso di riscontro positivo al secondo quesito, si chiede ulteriormente se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b) e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: 1) si basi sul *gross cost*, con l'imputazione della titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante; 2) preveda in favore del gestore, quali ricavi di gestione, unicamente un corrispettivo versato dall'Ente affidante, commisurato ai volumi di esercizio erogato (con esclusione, dunque, del rischio di domanda); 3) lasci in capo all'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio); nonché 4) trasferisca all'ente affidatario il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore – energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio); d) infine, si chiede se gli artt. 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci

Successivamente al deposito della decisione della CGUE sulla richiesta di rinvio pregiudiziale,⁸⁸ i giudici di Palazzo Spada hanno trattenuto in decisione la causa, respingendo l'appello proposto dalla società ricorrente. In particolare, per quanto rileva in questa sede, il giudice amministrativo ha precisato, forse una volta per tutte, che nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* è una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato.

Ciò si evince, argomenta il Consiglio di Stato, non solo dall'art. 5, secondo paragrafo, dal più volte menzionato Regolamento n. 1370/2007, ma anche dall'altrettanto ricordato art. 18, comma primo, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 allorché esso esclude dalla propria applicazione le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento europeo. Inoltre, i giudici evidenziano come tale esonero sia stato confermato dal legislatore nazionale anche all'interno della nuova disciplina sui contratti pubblici, nell'art. 149, comma quarto.⁸⁹

L'impugnazione proposta dalla ricorrente offre l'opportunità al Consiglio di Stato di ribadire che l'art. 192, comma secondo, della previgente normativa sugli appalti pubblici non trova applicazione nel settore dei servizi di tpl, giacché la regola che esso contiene riguarda l'obbligo per la p.A. di comparare le modalità di gestione dell'affidamento diretto rispetto al ricorso al mercato che, invece, l'Amministrazione non è tenuta a effettuare nel caso in esame. Infatti, nella fattispecie non è previsto un rapporto di regola ed eccezione fra le contrapposte modalità di gestione.⁹⁰

A quanto appena illustrato devono aggiungersi la situazione peculiare del Comune di Genova, per la quale il legislatore ha adottato una normativa di carattere emergenziale in seguito al crollo del ponte Morandi, sostenendo la legittimità del ricorso all'*in house providing* senza che ciò comportasse la perdita dei trasferimenti statali prevista dall'art. 27 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50,⁹¹ e la

anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore”.

88. CGUE, 19 ottobre 2023, C-186/22, *Sad Trasporto Locale SpA c. Provincia autonoma di Bolzano*.

89. Così Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1671.

90. *Ibidem*, in cui viene richiamata la pronuncia della CGUE, C-515/18, cit.

91. È quanto disposto dall'art. 27, comma secondo, lett. c) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, che ha differito al 31 dicembre 2019 l'efficacia della norma, prevedendo che alla ripartizione del Fondo nazionale per il consorzio finanziario dello Stato debbono essere applicati determinati criteri tra cui l'applicazione di “una riduzione annuale delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere. La riduzione si applica a decorrere dall'anno 2023. In ogni caso la riduzione di cui alla presente lettera non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti. La riduzione, applicata alla quota di ciascuna regione come determinata ai sensi del presente comma, è pari al 15 per cento del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con le predette procedure; le risorse derivanti da tale riduzione sono ripartite tra le altre regioni con le medesime modalità;

relativa inapplicabilità di quest'ultima previsione normativa, limitatamente ai servizi di tpl, in seguito all'estensione dello schema dell'*in house providing* a livello nazionale approvata mediante decreto legge nel 2018.⁹²

In relazione alla competenza circa gli affidamenti dei servizi di tpl, il Consiglio di Stato precisa che essa sia generalmente strutturata su base provinciale e che, nel caso concreto, la legge regionale n. 33/2013 stabilisce che i Comuni esercitano le funzioni di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico comunale per quanto di rispettiva pertinenza.⁹³

In sostanza, il Consiglio di Stato sembra aver sgomberato il campo interpretativo in merito alla modalità di gestione *in house* da qualsivoglia equivoco circa la legittimità della decisione adottata dall'Amministrazione e la relativa compatibilità non solo con la normativa euro-unitaria, su cui già da tempo non si nutrivano dubbi, ma anche con la normativa interna.

Infine, concludendo sul punto, giova evidenziare che il giudice amministrativo ha approfittato della questione sottopostagli anche per rimarcare che nei casi in cui sia in discussione la mancata o inesatta comparazione, da parte dell'Amministrazione, tra l'affidamento in seguito allo svolgimento di una procedura competitiva e affidamento *in house*, tale comparazione non è idonea a configurarsi quale onere in capo alla p.A. qualora siano in discussione concessioni in materia di servizi di trasporto pubblico locale ai sensi della nuova normativa sui Contratti pubblici.⁹⁴

Analogamente a quanto deciso dal Consiglio di Stato, di recente il TAR del Lazio ha pronunciato una sentenza avente a oggetto una controversia vertente su una deliberazione di Giunta regionale volta alla ricognizione dei servizi di linea di tpl affidati a concessionari privati e non ricompresi all'interno del contratto di affidamento *in house* stipulato dalla stessa Regione con la società pubblica affidataria della gran parte dei restanti servizi di linea.⁹⁵ La controversia ha dunque riguardato la mera ricognizione delle sette linee di servizio extraurbano per trasporto di passeggeri su strada non rientranti nell'affidamento e nel contratto di concessione stipulato tra l'Ente regionale e la società *in house*.⁹⁶

d) mediante destinazione annuale dello 0,105 per cento dell'ammontare del Fondo, e comunque nel limite massimo di euro 5,2 milioni annui, alla copertura dei costi di funzionamento dell'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244".

92. Art. 21-bis, d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria", come ricordato da Cons. Stato, n. 1671, cit.; n. 4310, cit.

93. Cons. Stato, n. 1671, cit.

94. Il riferimento è all'art. 149, comma quarto, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo cui restano "escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008 e le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007".

95. TAR Lazio, sez. V, 15 luglio 2024, n. 14395.

96. L'affidamento è avvenuto mediante delibera di Giunta Regionale, 29 dicembre 2022, n. 1252.

Un operatore economico controinteressato ha pertanto impugnato dinanzi al giudice amministrativo la delibera di Giunta Regionale, 22 dicembre 2023, n. 939, “*Linee di indirizzo per riprogrammare e ricondurre tutti i servizi di trasporto pubblico interregionale, di competenza della Regione Lazio e soggetti ad obblighi di servizio pubblico di interesse regionale, al contratto di servizio in essere con COTRAL S.p.A. relativo al TPL automobilistico extraurbano di interesse regionale*”, atta a dare attuazione alla riprogrammazione dei servizi di tpl regionale e a realizzare un servizio unitario e integrato, sostenendo l’omesso espletamento di una procedura aperta e competitiva e la conseguente violazione del principio di libera concorrenza.

Nel riepilogare le situazioni di fatto e di diritto, il giudice di prime cure rileva come in base all’art. 3 della legge regionale 16 luglio 1998, n. 30, i servizi di trasporto pubblico locale sono distinti in servizi di linea comunali, provinciali e regionali. I servizi di linea regionali comprendono anche i servizi di linea interregionali su strada che collegano il territorio regionale con quello di una regione limitrofa. Inoltre, la legge riconosce alla Regione Lazio i compiti di programmazione dei servizi di tpl in un’ottica unitaria e integrata, attribuendo all’Ente il compito di perseguire gli obiettivi di efficienza ed economicità nella gestione dei servizi.

Sulla base della normativa appena descritta, la p.A. ha disposto all’interno del provvedimento di affidamento che la gestione del servizio di tpl extraurbano avvenisse mediante contratto di servizio *net cost*, ovvero sia prevedendo un corrispettivo calcolato al netto dei ricavi da titoli di viaggio, il cui rischio commerciale fosse a carico della società *in house*. Lo stesso accordo è stato sottoposto al parere dell’Autorità di Regolazione Trasporti (ART) di concerto all’intera documentazione a base dell’affidamento.⁹⁷

Sicché l’obiettivo di riprogrammare in modo unitario e integrato il servizio di tpl a livello extraurbano ha indotto la Regione a adottare delle linee di indirizzo, sfociate nella deliberazione di Giunta del 29 dicembre 2023 n. 939, affinché fosse possibile effettuare una ricognizione generale inerente ai servizi di tpl affidati agli operatori economici diversi dalla società *in house* e, di conseguenza, procedere all’affidamento diretto in favore di quest’ultima anche dei restanti e fino ad allora esclusi sette servizi di linea. In subordine, deve evidenziarsi come la Regione non ha allo stesso tempo provveduto alla revoca degli affidamenti dei servizi concernenti le linee interregionali *de quibus*. Per quanto invero concerne il tpl urbano e interurbano il legislatore regionale non ha inteso programmare i servizi in modo unitario e integrato, ma ha ritenuto opportuno procedere alla suddivisione dei diversi bacini territoriali al fine di rimettere alla valutazione anche dei singoli Comuni la possibilità di indire procedure competitive in alternativa all’affidamento diretto dei servizi. Per questa ragione, rileva il giudice amministrativo, la scelta della Regione di affidare i servizi urbani e interurbani delle unità di rete mediante procedure competitive evidenzia la volontà di non sottrarre

97. È quanto richiesto dalla deliberazione, 28 novembre 2019, n. 154, “*Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l’assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica*”.

a priori il settore del tpl al mercato, ma di applicare, viceversa, le varie modalità di gestione di affidamento previste dal legislatore.⁹⁸

Giungendo brevemente all'analisi dei motivi di impugnazione proposti dalla società ricorrente, il TAR ha ravvisato la carenza di interesse della società e la relativa inidoneità del provvedimento impugnato a ledere nell'immediato la situazione giuridica soggettiva della stessa, giacché la deliberazione di Giunta deve essere intesa quale atto meramente endoprocedimentale, e cioè atto strumentale all'adozione di altro e diverso provvedimento (finale).⁹⁹ Il che, ha ribadito il giudice, lo si rinviene all'interno dell'oggetto dello stesso atto impugnato, il quale parla appunto di "*Linee di indirizzo*".

In altri termini, la deliberazione di Giunta in esame è volta esclusivamente ad avviare un procedimento al fine di valutare la concreta opportunità di innovare il quadro delle linee interregionali di competenza della Regione Lazio.

Tuttavia, come anticipato, la società ricorrente ha altresì contestato la violazione del principio di libera concorrenza per aver la Regione omesso l'espletamento delle procedure a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di linea interregionali del caso. In relazione a tale censura in punto di diritto la risposta del TAR sembra esattamente ripercorrere i precedenti, anche più recenti, del Consiglio di Stato, ribadendo che nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato, secondo quanto previsto dall'art. 32 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 "*Riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", il quale richiama espressamente il Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporti di passeggeri su strada.

Parimenti, il TAR ha precisato che oggi l'art. 149, comma quarto, del nuovo Codice dei contratti pubblici – e in precedenza l'art. 18, comma primo, lett. a) della disciplina previgente – esclude dalla propria applicazione le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del richiamato Regolamento europeo, ribadendo pertanto la non sussistenza di alcun obbligo in capo alla p.A. di procedere a una comparazione tra modalità di gestione in house e ricorso al mercato, poiché nel settore del tpl non è previsto un rapporto di regola ed eccezione fra il primo e il secondo.

Di conseguenza, sembra essere pacifico l'orientamento adottato dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità per l'Amministrazione, nell'ambito dell'erogazione di servizi di

98. Così TAR Lazio, n. 14395 cit.

99. *Ibidem*, il giudice amministrativo specifica che la deliberazione "costituisce un atto endoprocedimentale espressione del potere della Regione Lazio, riconosciuto dall'art. 1, comma 1, lett. d) della l.r. n. 30/98, di promuovere "[...] lo sviluppo ed il miglioramento del sistema del trasporto pubblico locale, inteso quale trasporto pubblico regionale, provinciale e comunale [...] anche attraverso "l'incentivazione ed il miglioramento della mobilità extraurbana, mediante il riassetto dell'intera rete e la riorganizzazione dei servizi, anche per assicurare l'integrazione tra i diversi modi di trasporto" con la conseguenza che il gravame proposto risulta inammissibile per carenza di interesse concreto ed attuale delle ricorrenti, anche tenuto conto della circostanza che nell'attuale esercizio finanziario l'ente regionale ha nuovamente effettuato l'impiego di spesa in bilancio in favore delle ricorrenti per garantire la regolarità del servizio in atto".

tpl, di ricorrere allo schema dell'*in house providing* quale modalità di gestione ordinaria, senza soggiacere ad alcun obbligo di previa indizione di apposita procedura a evidenza pubblica o di comparazione con il modello del ricorso al mercato.

7. Osservazioni di sintesi

I modelli di gestione di affidamento dei servizi nell'ambito del trasporto pubblico locale sembrano aver assunto una più dettagliata fisionomia dopo il recente decreto legislativo n. 201/2022. La normativa nazionale tenta di offrire una disciplina degli affidamenti dei servizi di tpl maggiormente ordinata e sistematica.

Più precisamente, come ricordato, l'intervento legislativo ha posto su un piano di parità le diverse modalità di affidamento, senza prefigurare alcuna gerarchia.¹⁰⁰ A questo riguardo, il legislatore sembra accogliere con favore l'ultimo orientamento del giudice amministrativo che, a più riprese, ha qualificato l'affidamento *in house* come un'ordinaria modalità di gestione dei servizi, parificandola quindi alla gestione affidata mediante una procedura di gara aperta e trasparente.

Tuttavia, la disciplina di riordino dei servizi pubblici locali pare abbia ridisegnato i confini dell'affidamento *in house* nell'ambito del trasporto pubblico locale, un settore nel quale sovente gli Enti locali hanno usufruito di deroghe alla disciplina concorrenziale, come osservato soprattutto a livello euro-unitario, e caratterizzato da incertezze normative che hanno agevolato l'affidamento diretto di servizi da prestare alla collettività. In particolare, si è constatato come tale modalità di affidamento sia stata legittimata direttamente dall'art. 5, par. 2, del Regolamento CE n. 1370/2007, che non preclude agli Stati membri la possibilità di produrre e organizzare direttamente i servizi di tpl.

Nel corso del tempo però il legislatore italiano ha cercato di restringere l'ambito di applicabilità del Regolamento europeo e della relativa facoltà per gli Enti locali di procedere ad affidamenti diretti, facendo in modo che anche i servizi inerenti al tpl venissero sottoposti alle ordinarie dinamiche del mercato retto dal gioco concorrenziale.

Sicché, il tentativo posto in essere dalla disciplina di riordino dei servizi pubblici locali del 2022 sembra collocarsi in quest'ultima direzione, prevedendo da una parte l'ordinarietà delle diverse modalità di affidamento – sancendo una volta per tutte la natura ordinaria dell'*in house providing* al pari del ricorso al mercato –, dall'altra, invece, essa prevede per il solo affidamento *in house* un obbligo di motivazione qualificato per l'Ente che intenda direttamente prestare il servizio, specificando che tale onere sussiste anche allorché la modalità di gestione *in house* per cui ha optato l'Amministrazione abbia a oggetto servizi rientranti nell'ambito del tpl.

100. Cfr. A. LALLI, *In house*, cit., p. 268, rileva invece che nel quadro giuridico vigente l'ente pubblico "è considerato il responsabile politico-amministrativo del servizio pubblico cui spettano principalmente poteri di regolazione e controllo, più che di gestione diretta (articoli 6, 7 e 8). Quest'ultima è lasciata preferenzialmente alle imprese sul mercato. Solo quando il gioco della concorrenza tra le imprese sul mercato si dimostri inidoneo o insufficiente a realizzare in modo ottimale il servizio pubblico – e di questo l'ente pubblico deve dare prova – allora si ammette l'intervento pubblico e quindi può legittimarsi anche l'*in house*".

In sostanza, il legislatore italiano pare abbia definitivamente aderito a un'impostazione pro-concorrenziale in materia di affidamento dei servizi di tpl, non avendo ritenuto opportuno accogliere la deroga riservata dal legislatore euro-unitario in favore di questo settore.¹⁰¹ D'altronde, la scelta legislativa è stata altresì favorita dall'intervento della Corte costituzionale del 2020, in cui i giudici hanno escluso la configurabilità di un divieto di *gold plating*, riconoscendo al legislatore la possibilità di sottoporre anche i servizi *de quibus* al regime concorrenziale, potendo questi prevedere un onere qualificato per gli affidamenti *in house*.¹⁰²

La scelta di introdurre un onere motivazionale qualificato per le fattispecie di affidamenti diretti da parte degli Enti locali in favore di società *in house* anche nell'ambito dei servizi di tpl¹⁰³ non è detto che rappresenti necessariamente un ostacolo per il ricorso a questa modalità di gestione, in cui il potere amministrativo si fa direttamente carico dei servizi da erogare in favore della collettività in luogo di un comune operatore del mercato.

Come cercato di evidenziare in precedenza, l'obbligo di motivare dettagliatamente le ragioni dell'affidamento *in house*, nonostante i numerosi e non indispensabili oneri posti in capo agli Enti locali, probabilmente può collocarsi in una direzione di responsabilità dell'Amministrazione, di razionalizzazione della decisione amministrativa e di ottimizzazione dei costi del servizio, che consente di fuoriuscire dalla solita dicotomica diatriba tra affidamento *in house*-ricorso al mercato, tra intervento amministrativo-concorrenza, tra Stato-mercato *lato sensu*. Quest'affermazione sembra essere corroborata dalla decisione del legislatore, e prima ancora della giurisprudenza, di non elaborare una gerarchia tra le possibili modalità di gestione dei servizi, ma di porre le stesse su un piano di parità.¹⁰⁴

D'altra parte, sarebbe fuorviante – se non paradossale – pensare che nell'arco di brevissimo tempo il legislatore abbia inteso elaborare una disciplina di *favor* per la concorrenza nel settore

101. Probabilmente, si tratta di quella visione che, parallelamente alla critica dello Stato, tende a far prevalere il “pensiero unico del libero mercato concorrenziale considerato preferibile a qualunque ipotesi alternativa di allocazione delle risorse, sia su quelle basate su forme di economia mista che avevano caratterizzato la costruzione di diversi modelli di welfare state, sia quelle basate sull'idea di centralizzazione delle decisioni e di pianificazione economica, che venivano ritenute la causa del fallimento dei tentativi storicamente realizzati del cosiddetto socialismo di Stato”. Così S. MAROTTA, *Il ritorno dell'intervento dello Stato nell'economia: quali strumenti per quali obiettivi*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, I, 2024, p. 2.

102. Il riferimento è alla richiamata pronuncia della Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

103. Con riferimento al settore del tpl A. LALLI, *In house*, cit., p. 269, rileva che la previsione normativa “stabilita dall'art. 34, d.lgs. n. 201/2022, che pure mostra di tenere in conto la specificità del settore, nondimeno non pare esente da rischi di incompatibilità con il diritto europeo dove in particolare riafferma espressamente l'applicabilità dell'art.14, commi 2 e 3 e dell'art. 17 e cioè le disposizioni che impongono gli obblighi di motivazione aggravata, secondo lo schema a due passaggi illustrato, e l'obbligo di pubblicazione della relazione nella quale l'ente prospetta l'affidamento *in house* prima di procedere al medesimo; vincolo questo che pare in distonia con l'ampia libertà già riconosciuta sul punto dalla Corte di giustizia”.

104. In merito G. FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 283 ss.

del trasporto pubblico locale, restringendo di gran lunga il novero delle ipotesi di affidamento dei servizi a società *in house*, e, al contempo, abbia viceversa inteso estendere e semplificare le procedure di affidamento *in house* all'interno della nuova cornice dei contratti pubblici.

In un tale quadro, decisivi potranno rivelarsi le decisioni politiche successivamente adottate e i procedimenti amministrativi condotti dalle Amministrazioni e, inevitabilmente, l'orientamento, o, nella peggiore delle ipotesi, gli orientamenti intrapresi dal giudice amministrativo in sede di contenzioso giurisdizionale.