

L'ONERE MOTIVAZIONALE IN CASO DI AFFIDAMENTO IN HOUSE ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE NORMATIVA E GIURISPRUDENZA.

Ilaria Genuessi

Abstract:[ITA] L'articolo prende in esame il tema degli affidamenti diretti a società *in house*, con particolare riferimento alla motivazione richiesta all'ente o amministrazione che intende disporre un affidamento diretto, alla luce della previsione recente di cui all'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici. Nel contributo si prende in esame altresì nel dettaglio la giurisprudenza pronunciata a proposito della concreta portata dell'onere motivazionale in questione, rilevando come – anche in considerazione delle ulteriori più recenti previsioni normative in materia di *in house*, oltre che di servizi pubblici locali a rilevanza economica – non pare opportuno che l'amministrazione si spinga sino alla dimostrazione, nel caso di specie, del fallimento del mercato.

[ENG] The essay examines the issue of direct assignments to in-house companies, with particular reference to the reasoning required of the institution or administration that intends to arrange direct assignments, in the light of the recent provision pursuant to art. 192, second paragraph of the Public Procurement Code. The contribution examines in detail the judgments pronounced regarding the concrete extent of the motivational burden in question, noting how - also in consideration of the most recent regulatory provisions concerning in-house, as well as local economic public services - it does not seem it is advisable for the administration to go so far as to demonstrate, in relation to the specific case, the failure of the market.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Breve *excursus* circa l'evoluzione della normativa in materia di affidamenti diretti. – 3. L'onere motivazionale in caso di affidamento diretto nel quadro del vigente Codice dei contratti pubblici. – 4. La posizione della giurisprudenza amministrativa: l'esegesi giurisprudenziale della disposizione. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi.

Nell'ambito di recente documentazione facente capo ad ANAC si è esplicitato il concetto per il quale «l'autoproduzione, escludendo la concorrenza per il mercato e, quindi, un rapporto contrattuale in senso stretto tra due soggetti distinti, giustifica la sottrazione di tali affidamenti alle tradizionali regole dell'evidenza pubblica, senza che ciò comporti una violazione dei Trattati»¹.

In tale prospettiva appare condivisibile quanto già autorevolmente osservato in dottrina sul tema, ovvero che il fenomeno dell'*in house*, unitamente a quello dei contratti di

¹ Così si trova testualmente scritto nella Relazione AIR a proposito delle Linee guida ANAC di “Istituzione dell'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”.

partenariato pubblico privato, si pone quale vero e proprio limite esterno al mercato, andando a perimetrare «ciò che mercato non è»².

Il fenomeno dell'*in house providing*, del resto, pare porsi, ancora oggi, quale istituto in continua evoluzione, principalmente in conseguenza degli interventi normativi di ridefinizione, ampliamento o riduzione del perimetro di operatività del medesimo, in termini di vincoli di funzione e attività delle società in parola, limiti rispetto all'autoproduzione, presupposti, requisiti e oneri – anche di ordine motivazionale – in capo alle amministrazioni al fine di poter procedere mediante affidamento diretto.

Non mancano, altresì, recenti pronunce della giurisprudenza nazionale, oltre che sovranazionale, rese a proposito dello strumento della società *in house* e dei presupposti indispensabili al fine dell'affidamento diretto in capo a tale società.

In termini generali, quale elemento di complicazione del quadro giuridico di riferimento, si riscontra l'intervento in materia di attori diversificati, e dunque, conseguentemente, di eterogenee fonti normative tipiche di un ordinamento giuridico multilivello quale il nostro, ricomprendente atti normativi di rango primario e secondario, ma altresì atti di *soft law*, quali Linee guida di autorità indipendenti³.

La disciplina più recente circa gli affidamenti diretti a società *in house* si innesta, inoltre, in un quadro già complesso derivante dallo *status* delle società medesime, a cavallo tra diritto pubblico e diritto comune, tra disciplina speciale propria di una struttura da ultimo pacificamente definita quale *longa manus* dell'amministrazione pubblica, da un lato, e disciplina privatistica propria delle società di capitali, dall'altro⁴.

Così, in senso generale, c'è chi ha ritenuto possibile affermare che l'istituto dell'*in house providing* non rappresenti più un modello eccezionale di affidamento di appalti e servizi, bensì uno schema organizzativo che le pubbliche amministrazioni possono privilegiare in via ordinaria, pur nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'agire amministrativo⁵.

2 R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 1, 59 ss. e V. SPAGNA, *L'Elenco anac delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. luci e ombre della nuova disciplina*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1, 2019, 67 ss.

3 Si v. sul tema G. D'AURIA, *Contratti pubblici: affidamenti "in house" vs. concorrenza, legislazione regionale vs. legislazione statale, "favor" per le imprese in crisi vs. interessi dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 10/2020, 3032-3041; G. RUPERTO, *La disciplina degli affidamenti "in house" nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 6/2021.

4 La letteratura in argomento appare sterminata; tra i contributi più recenti si segnalano pertanto, *ex multis*: M. PIZZI, *Affidamenti in house*, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, I, 743 ss.; M. ANTONIOLI - A. BELLAVISTA - M. CORRADINO - V. DONATIVI - F. FRACCHIA - S. GLINIANSKI - A. MALTONI, *Le società in house*, Napoli, 2020; sia consentito altresì un rinvio a I. GENUESSI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, Torino, 2020.

5 Cfr. in merito in giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, 10 settembre 2014, n. 4599 e 27 maggio 2014, n. 2716; sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Ancora, in dottrina, E. GENTILE, *L'in house providing come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro amm.*, 2015, 1086 e V. SPAGNA, *L'Elenco Anac delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società in house. luci e ombre della nuova disciplina*, op. cit.

Tuttavia, non si può non osservare in senso generale come, a differenza delle previsioni normative europee, l'ordinamento nazionale ponga ancora notevoli ed evidenti limitazioni rispetto a tale forma di affidamento, le quali testimoniano come nell'ordinamento interno non si possa di fatto riscontrare una effettiva ordinarietà dello strumento di cui trattasi⁶.

Nel senso suddetto, certamente, si pongono le stesse disposizioni normative che impongono un obbligo di motivazione analitica in caso di affidamento *in house* e, dunque, circa il mancato ricorso al mercato⁷.

Ebbene, alla luce delle considerazioni appena svolte e nell'ottica della presente trattazione, due questioni paiono rilevanti, oltre che strettamente connesse: da un lato, quella dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione circa le condizioni determinanti l'affidamento diretto con conseguente mancato ricorso al mercato nel caso di specie, così come, dall'altro, quella più generale del carattere, eccezionale o meno, dell'affidamento diretto a società *in house*⁸.

2. Breve *excursus* circa l'evoluzione della normativa in materia di affidamenti diretti.

Si consideri, anzitutto, che in una prima fase l'ordinamento interno sottoponeva la praticabilità degli affidamenti *in house* a regimi molto più rigorosi e restrittivi rispetto alle previsioni europee. Così la disciplina di cui all'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (convertito con l. n. 133/2008) consentiva di fatto la gestione mediante società *in house* solo in casi del tutto eccezionali.

Ancora, anche a seguito del referendum popolare del 2011, con l'effettiva abrogazione dell'art. 23-*bis*, per effetto dell'art. 1 del d.P.R. 18 luglio 2011 n. 113, lo stesso orientamento politico collocato nel senso della liberalizzazione dei servizi pubblici locali, con la previsione di limiti più rigorosi per l'affidamento *in house* rispetto a quanto previsto a livello europeo, risultava confermato dall'art. 4, comma 1 del d.l. n. 138/2011, sostanzialmente volto a riprodurre quanto disposto dal previgente art. 23-*bis*, così come dall'art. 34, comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, con specifico riferimento ai servizi pubblici locali a rilevanza economica.

6 Peraltro, occorre rilevare come la possibilità di far ricorso al modello *in house* e, dunque, all'affidamento diretto, si presenti in maniera differenziata in relazione alle diverse tipologie di servizi di interesse generale: così in settori speciali quali il trasporto pubblico locale, come si desume dall'art. 5, comma 2, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 e dall'art. 18, lett. a), del Codice dei contratti pubblici che ad esso si richiama, l'*in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, alternativa rispetto al ricorso al mercato. Sul servizio pubblico di trasporto cfr., anche, da ultimo, Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2022, n. 1620; per un commento alla medesima ordinanza v. P. PROVENZANO, *Affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2022, 180. Situazione ancora differente e peculiare quella che si riscontra nei settori regolati, quali il settore idrico e della gestione dei rifiuti laddove, come noto, in presenza di rigide tariffe e standard, la valutazione circa la modalità di affidamento occorre sia svolta anche e soprattutto alla luce della normativa di settore e delle previsioni dell'Autorità di regolazione.

7 Tra i contributi più recenti sul tema cfr. S. BIANCARDI, *Affidamento 'in house': la motivazione rafforzata*, in *App. e Contratti*, 11/2022, 55-59; C. GARILLI, *In house providing' v. ricorso al mercato: legittimi gli obblighi di motivazione previsti dal legislatore italiano*, in www.giustiziacivile.com, 6/2021.

8 Cfr. in argomento M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogico Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2020, p. 599 ss.

Le stesse più recenti riforme in materia di contratti pubblici e di partecipazioni pubbliche sul piano eurounitario hanno di seguito ridisegnato i tratti salienti dell'istituto in parola, istituzionalizzando tale modello contrattuale e rendendolo di fatto in tutto e per tutto alternativo rispetto al modello centrale di selezione del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica⁹.

Sul piano interno il legislatore italiano ha recepito la normativa europea senza alterarne la sostanza; la disciplina normativa circa gli affidamenti *in house* a livello nazionale, tuttavia, non pare connotata da organicità e si compone ancora oggi – seppur in misura minore a seguito dell'entrata in vigore del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al d.lgs. n. 175/2016 s.m.i. – di riferimenti all'istituto frammentati e sparsi in diversi testi normativi¹⁰. Come noto, infatti, parte della disciplina è confluita nel vigente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato dal d.lgs. 56 del 2017 e dai successivi interventi di modifica e ridefinizione); altri riferimenti sono presenti, invece, in seno all'art. 19 della legge delega n. 124 del 2015 (c.d. Legge Madia) e, specificamente, agli artt. 2, 4 e 16 del d.lgs. del 19 agosto 2016 n. 175 e s.m.i., recante “*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”. La disciplina sul punto si rinviene ad oggi, altresì, nell'ambito dell'art. 17 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*” (su cui si v. *infra* § 5)¹¹.

Ebbene, in linea generale, ad ogni modo, sul piano interno a differenza di quanto emerge sul piano della *ratio* delle disposizioni dettate in materia dal legislatore europeo, il suddetto

9 Si fa riferimento, in particolare, alle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, aventi ad oggetto rispettivamente i contratti di concessione, gli appalti pubblici nei settori “ordinari” e gli appalti pubblici nei settori “speciali” — ovvero, acqua, energia, trasporti e servizi postali —, mediante le quali il legislatore europeo ha delineato e cristallizzato le norme in materia, ridisegnando anche in maniera più nitida i contorni dell'istituto. In dottrina cfr. in argomento, C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1168.

10 Cfr. in dottrina, tra i contributi più recenti: G. GUZZO, *Affidamenti in house e legislazione interna: il cds “abilita” l'immediata applicazione interna dell'articolo 12 della direttiva n. 2014/24/UE*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2015; M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica Amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna - Villa Monastero, 22-23-24 settembre 2016, 279 ss.; M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel Tu partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in L. AMMANNATI - R. CAFARI PANICO (a cura di), *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2018, 7 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1, 2020, 53; M. TRIMARCHI - R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamenti “in house”*, in *Urb. e app.*, 3/2022, 426-432

11 Così, nel dettaglio, l'art. 17 del recente compendio normativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sullo specifico tema dell'affidamento *in house*, prevede che «*Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, 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, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30*».

Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica pare incentrato non soltanto sulla questione della tutela e promozione del mercato e della concorrenza, ma emerge altresì con forza dal medesimo un intento di tutela della finanza pubblica, oltre che la necessità del perseguimento dell'economicità, efficienza ed efficacia nella gestione delle partecipazioni societarie ad opera degli enti e delle amministrazioni pubbliche socie, scongiurando così un sostanziale abuso dello strumento societario¹².

In tal modo possono essere inquadrare le formule utilizzate nell'ambito dell'art. 1, comma secondo del d.lgs. 175/2016, laddove il legislatore afferma che la finalità del Testo unico è quella della «*tutela e promozione del mercato*», ma del pari quella della «*razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*».

Così, in tale quadro normativo, la scelta discrezionale dell'ente di produrre beni e servizi mediante un organismo partecipato deve essere esplicitata nell'ambito di una delibera, debitamente motivata, nell'ambito della quale siano espresse le ragioni per le quali l'amministrazione in questione non ha avviato una procedura di gara.

Il parametro della "convenienza economica", rispetto alla "gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato", trova, in fase di affidamento del contratto, una sua specificazione sul piano normativo nell'art. 16 del medesimo d.lgs. 175/2016 oltre che nell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)¹³. In tal senso e nel senso generale della tutela della concorrenza si leggono le stesse posizioni assunte da ANAC e, anche recentemente, dallo stesso Presidente dell'Autorità, rispetto all'affidamento *in house* di un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza e con specifico riguardo all'istruttoria e all'onere motivazionale in caso di ricorso al modello *in house*¹⁴.

3. L'onere motivazionale in caso di affidamento diretto nel quadro del vigente Codice dei contratti pubblici.

Sulla questione in oggetto la previsione normativa di riferimento risulta certamente ad oggi – nelle more dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici – l'art. 192, comma secondo, d.lgs. 50/2016 s.m.i., alla luce del quale «*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*»¹⁵.

12 V. sul tema H. BONURA - G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, in *Giur. comm.*, 6, 2019, p. 985 ss.

13 Si v. in argomento quanto evidenziato dalla Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, *Memoria sul disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, Deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22 del 25 febbraio 2022.

14 Cfr., in particolare, tra le altre, la nota del Presidente dell'Autorità nazionale Anticorruzione del 18 maggio 2022, avente ad oggetto "Affidamento della gestione del servizio energia per gli immobili comunali".

15 In dottrina, a proposito della previsione normativa fulcro del presente contributo, si v. F. TRAMONTANA, *I limiti al ricorso all'in house providing tra disciplina nazionale e ordinamento eurounitario. Note a margine*

Ebbene, già a prima vista, appare chiaro come tale specifica previsione del Codice dei contratti pubblici in materia di *in house* abbia di fatto introdotto un'effettiva limitazione rispetto alla libertà delle pubbliche amministrazioni di far ricorso all'autoproduzione, ritenuto che oggi tale opzione selezionata al fine della gestione di un servizio di interesse generale debba essere strettamente motivata in ordine alle ragioni del mancato ricorso al mercato, oltre che in termini di benefici per la collettività recati dal modulo dell'autoproduzione, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche¹⁶.

In merito non si può non formulare un'ulteriore osservazione in relazione alla predetta disposizione, in termini di onere motivazionale in capo all'ente o amministrazione affidante: così la formulazione dell'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 parrebbe analoga a quella di cui all'art. 5 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, concernente, come noto, gli oneri di motivazione analitica richiesti nelle fattispecie di costituzione di una società, ovvero di acquisto di una partecipazione, quantomeno nella sua versione originaria. In quest'ultima, infatti – prima delle modifiche da ultimo apportate al testo e confluite nel c.d. correttivo al Testo unico, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 – si ritrovava nell'ambito dell'art. 5 il riferimento alla necessità per l'ente socio di motivare in ordine alla «*possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate*»¹⁷.

Quel che è certo è che la previsione in esame presenta un carattere integrativo con riguardo alle specifiche condizioni al fine del legittimo ricorso all'affidamento in forma diretta in deroga al generale obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica basata sul confronto concorrenziale tra gli operatori economici interessati, in particolare con riguardo al dettato di cui all'art.12 della direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE.

Per tale ragione la stessa previsione – acclarato che si discosta dalle disposizioni individuate sul piano europeo in tema di affidamenti diretti – è stata, in primo luogo, sospettata di incompatibilità con la normativa eurounitaria, in quanto asseritamente contrastante con il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali sono libere di

dell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea dell'art. 192 del codice dei contratti, in *www.lexitalia.it*, 2019; H. BONURA – M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. corte conti*, 2020, 3, 18; U. IZZO – P. LONGONI, *Per l'in house occorre sempre motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Azienditalia*, 2020, 1955; L. DI MARTINO, *L'onere di motivazione negli affidamenti in house*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2021, 2, 21

¹⁶ Rispetto alla specifica previsione normativa oggetto del presente contributo, occorre peraltro precisare come la medesima si applichi ai servizi di interesse economico generale, con specifiche eccezioni relative a settori "speciali"; così rispetto al servizio di trasporto pubblico locale la stessa non trova applicazione alla luce delle previsioni settoriali di cui all'art. 5, comma 2 del Reg. CE 1370/2007 del 23 ottobre 2007 e di cui all'art. 18, comma 1 lett. a) del Codice dei contratti pubblici vigente, oltre che di cui all'art. 61 della l. n.99/2009, in ragione delle quali nel settore del trasporto pubblico locale *in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato. In merito si v. R. STEFFENONI, *Il modulo organizzativo dell'in house providing fa eccezione per il servizio di trasporto pubblico locale*, nota a Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, 4310, in *www.lamministrativista.it*. In tal senso v. anche T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 22 luglio 2021, n. 242, in *Foro amm.*, 2021, 7-8, 1176.

¹⁷ In tal senso si v. le osservazioni di H. BONURA – G. FONDERICO, *Amministrazioni pubbliche, società di capitali e libertà d'iniziativa economica*, cit.

decidere la modalità ritenuta migliore e più idonea al fine di gestire l'esecuzione di lavori e la prestazione di servizi per garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli ad operatori economici esterni, come previsto dall'art. 2 della menzionata direttiva n. 2014/23/UE. Inoltre, d'altro canto, è stata ipotizzata una incostituzionalità della medesima previsione, poiché approvata in asserita violazione del divieto di c.d. *gold plating*, ovvero sia – come noto – del divieto, in sede di recepimento di direttive europee, di prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime, divieto peraltro corrispondente ad uno dei criteri direttivi di cui alla legge delega n.11/2016.

Così, sul primo aspetto si è da ultimo espressa la Corte di Giustizia UE, la quale ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione europea la disposizione in questione volta a subordinare la conclusione di un "contratto *in house*" all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna, demandando in sostanza allo Stato membro la definizione di un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare, senza fornire, tuttavia, sull'argomento indicazioni maggiormente concrete e dettagliate¹⁸.

Nello specifico, il giudice europeo richiama sull'argomento la propria antecedente pronuncia del 3 ottobre 2019, *Irgita* (C-285/18) precisando come già nella medesima sentenza si sia chiarito che la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come peraltro enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo; l'art. 12, paragrafo 1 della direttiva, relativo alle operazioni interne, si limita a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare laddove desidera concludere un'operazione interna, con la conseguenza per cui la previsione produce il solo effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24.

In altri termini, la suddetta indicazione del legislatore europeo non può privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre, libertà che implica una scelta effettuata in una fase precedente rispetto all'aggiudicazione di un appalto.

La libertà degli Stati membri di selezionare la modalità di prestazione di servizi mediante la quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva altresì, come rammentato dalla stessa Corte nella sentenza, dal considerando 5 della direttiva 2014/24¹⁹. Ad ogni modo, la predetta libertà degli Stati membri non appare illimitata, dovendo al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE,

¹⁸ Si fa riferimento a Corte di Giustizia UE, Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco s.p.a.

¹⁹ Quest'ultimo prevede, in particolare, che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva», consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva.

segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

In questo modo – rende esplicito la Corte – l’art. 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 «*deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un’operazione interna, in particolare, alla condizione che l’aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza*»²⁰.

In definitiva, la libertà degli Stati membri così delineata li autorizza, a giudizio della Corte di Giustizia, a subordinare la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso a tale operazione. Del pari i sospetti di incostituzionalità della disposizione di cui al Codice dei contratti pubblici in esame risultano essere stati fugati ad opera della nota pronuncia del giudice delle leggi del 27 maggio 2020, n. 100, emanata in seguito all’ordinanza del T.a.r. Liguria n. 886 del 15 novembre 2018 ed avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, comma 2, del d.lg.s. n. 50/2016, nella parte in cui dispone che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, rispetto ai principi e ai criteri direttivi riportati nella legge delega n. 11 del 2016, nonché rispetto al parametro di cui all’art. 76 Cost.²¹ Pertanto, il giudice costituzionale è giunto ad affermare nella pronuncia presa in esame – la quale sostanzialmente ripropone sotto l’angolo visuale del vizio di delega il dibattito certamente sempre vivo in seno alla giurisprudenza amministrativa a proposito

²⁰ A tale conclusione era giunto lo stesso giudice europeo nell’ambito della richiamata sentenza *Irgita*, punto 50.

²¹ Nel dettaglio, l’art. 1, comma 1, della legge delega ha posto, tra gli altri i seguenti principi e criteri direttivi: «1) alla lettera a), il cosiddetto divieto di gold plating, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall’art. 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005); 2) alla lettera eee), la garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico (cosiddetti affidamenti *in house*), prevedendo, anche per questi enti, l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all’affidamento, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, e l’istituzione, a cura dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* (ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire affidamenti diretti). Secondo il rimettente, dunque, la norma sospettata d’illegittimità costituzionale avrebbe innanzitutto violato il criterio direttivo di cui alla lettera a), in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per l’attuazione della direttiva 2014/24/UE, che ammette senz’altro gli affidamenti *in house* ove ricorrano le tre condizioni di cui all’art. 12». L’art. 1, comma 1, lettera eee), della citata legge delega sarebbe invece violato poiché prescriverebbe, «per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell’ambito del settore pubblico» una valutazione circa la congruità dell’offerta economica, oltre che il rispetto della pubblicità e trasparenza degli affidamenti, ma non l’ulteriore onere introdotto invece dal legislatore nazionale, di specifica motivazione circa il mancato ricorso al mercato.

della natura generale ovvero eccezionale dell'affidamento *in house* – l'infondatezza della questione in relazione ad entrambi i parametri interposti dedotti.

Nel dettaglio, rispetto al fenomeno del *gold plating*²² ed alla luce del predetto divieto inserito anche tra i criteri direttivi della legge delega del 2016, rispetto dunque alla violazione dell'art. 1, comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016, la Corte ha precisato come *«l'esatta individuazione di tale fenomeno andrebbe operata tenendo conto della finalità di omogeneità che la legislazione europea mira a realizzare nell'ambito dell'Unione, per garantire parità concorrenziale tra i suoi cittadini. Ove la legislazione europea riconosca ai singoli Stati facoltà di autonoma disciplina, in relazione alla individuazione di più stringenti sistemi di tutela, non potrebbe ravvisarsi una ipotesi di gold plating. Essa, dunque, non parrebbe configurabile nel caso di specie, poiché la legislazione nazionale di recepimento non comporta una diminuzione della necessaria parità concorrenziale nell'ambito delle procedure di gara per l'assegnazione degli appalti. La norma sospetta d'illegittimità costituzionale, per contro, muovendo dalla "presunzione di preferibilità" delle procedure ad evidenza pubblica rispetto al modulo in house, si porrebbe nella direzione della necessaria realizzazione di un vasto regime di concorrenzialità»*.

La *ratio* del divieto in questione, in altri termini, sarebbe quella di impedire l'introduzione ad opera del legislatore, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa europea, volti a ridurre di fatto la concorrenza a danno delle imprese e dei cittadini; di contro, la previsione sottoposta al vaglio di costituzionalità appare rivolta all'amministrazione, secondo una direttrice proconcorrenziale ed è essenzialmente finalizzata ad ampliare il ricorso al mercato.

Tale ricostruzione risulterebbe, a parere del giudice costituzionale, altresì confermata nell'ambito del parere espresso dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, n. 855/2016, relativo allo schema di decreto legislativo recante *«Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11»*, oltre che suffragata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea²³.

Ancora, il giudice delle leggi ha negato la sussistenza di una illegittimità costituzionale rispetto all'art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, nella misura in cui la previsione in esame del Codice dei contratti pubblici, imponendo in capo alle stazioni appaltanti un onere motivazionale circa l'affidamento *in house*, sarebbe espressione di una

22 Come noto, il divieto in parola è stato introdotto nell'ordinamento interno ad opera dell'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante *«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)»*, mediante l'inserimento nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, dei commi 24-bis, ter e quater. Il comma 24-bis, in particolare, dispone che gli atti volti a recepire direttive eurounitarie *«non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-quater»*. Quest'ultimo prevede invece che l'amministrazione dia conto delle *«circostanze eccezionali, valutate nell'analisi d'impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si renda necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad AIR, le Amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al comma 6 del presente articolo»*.

23 Cfr. in particolare sul tema Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293-296. Nello stesso senso, Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita, cit.

linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto, peraltro costante nel nostro ordinamento da alcuni anni e che rappresenterebbe di fatto la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come si legge nella stessa relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici.

Secondo la Corte, già la previgente normativa – cui si è accennato nell'ambito del § 2 – consentiva il ricorso al modello gestionale *in house* in presenza di «*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*» non consentissero un «*efficace ed utile ricorso al mercato*»²⁴.

Lo stesso pur vigente art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, del pari, richiede un onere motivazionale in caso di affidamento *in house* volto a dettagliare le ragioni dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento, «*e ciò non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'in house invece di rivolgersi al mercato*»²⁵.

La Corte ha altresì richiamato a supporto della sua ricostruzione l'art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (adottato ai sensi degli artt. 16 e 19 della legge 124/2015 recante «*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*»), il quale – al tempo – disponeva che, in caso di affidamento *in house* il provvedimento dovesse dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato²⁶.

In definitiva, secondo quanto espresso dalla Corte «*la specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile 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*».

4. La posizione della giurisprudenza amministrativa: l'esegesi giurisprudenziale della disposizione.

In esito alle predette pronunce della Corte di giustizia e del giudice costituzionale²⁷ si sono registrate prese di posizione della stessa magistratura amministrativa le quali hanno ricavato

24 Cfr. l'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum.

25 Così Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1209.

26 Previsione oggi codificata nell'ambito dell'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022 di riordino dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ove, al comma 2 si esplicita che nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, gli enti locali, ovvero gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio recante qualificata motivazione che dia conto in maniera espressa delle ragioni del mancato ricorso al mercato allo scopo di una efficiente gestione del servizio, illustrando, rispetto alla forma gestionale prescelta, i benefici per la collettività rispetto a investimenti, qualità del servizio, costi dei servizi, impatto sulla finanza pubblica, obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente, accessibilità dei servizi, anche tenendo conto dei risultati conseguiti in precedenti gestioni *in house*.

27 Si fa riferimento a Corte di giustizia – Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – *Rieco s.p.a.* e a Corte cost. n. 100 del 2020, su cui si v. diffusamente il § precedente.

dalle statuizioni rese nell'ambito delle predette sentenze (chiamate ad operare un vaglio circa la conformità all'ordinamento europeo e la costituzionalità della previsione nazionale in esame) il principio per cui l'*in house* rappresenterebbe un modello "eccezionale" rispetto a quello ordinario della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio e che, in quanto tale, necessita conseguentemente di una motivazione aggravata al fine della sua applicazione²⁸.

È in tale contesto che si inserisce, peraltro, lo stesso intervento dell'ANAC, laddove l'Autorità ha adottato lo schema di Linee Guida proprio a proposito degli affidamenti *in house* di lavori, servizi o forniture, dunque anche dell'onere motivazionale *ex art.* 192, comma 2, al precipuo fine di fornire un'interpretazione estensiva del dato letterale del codice contratti pubblici, ma ad ogni modo in linea con la *ratio* della disposizione²⁹.

L'ANAC, in particolare, sulla questione specifica oggetto del presente contributo ha osservato come gli atti adottati dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 192, comma 2, sebbene si dilunghino notevolmente a proposito della sussistenza dei requisiti dell'*in house*, presentino invece, molto spesso, una succinta motivazione circa il mancato ricorso al mercato, con frequente utilizzo di formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione del caso concreto.

Le Linee guida in parola, perciò, si ponevano tra gli altri l'obiettivo dell'ampliamento dell'ambito applicativo dell'obbligo istruttorio e motivazionale, con conseguente potenziale restrizione delle ipotesi in cui risulti possibile procedere legittimamente all'affidamento diretto; ciò, come documentato dall'Autorità, in ragione di una forte diffusione degli affidamenti disposti senza far ricorso ad una gara pubblica, effettuati soprattutto ad opera degli enti territoriali in favore delle proprie società partecipate³⁰.

All'esito della predetta fase di consultazione, occorre peraltro registrare come lo Schema di Linee guida sia stato del pari sottoposto a parere del Consiglio di Stato, conclusosi di fatto con una richiesta di approfondimento diretta all'Autorità, circa una serie di profili di impatto operativo. A giudizio del Collegio, in particolare, le Linee guida in parola non avrebbero preso in considerazione aspetti *de iure condito* (e così, specialmente, le previsioni di cui all'art.

28 In argomento si v. R. CAMPORESI, *Una nuova stagione per le società in house dopo la bocciatura delle linee guida Anac da parte del Consiglio di Stato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2021.

29 Si fa riferimento specifico allo Schema di Linee guida concernenti gli affidamenti *in house* e recanti «Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.» Del resto, da una lettura dei contributi pervenuti nell'ambito della consultazione pubblica a proposito dello schema di Linee guida in oggetto emerge come molte osservazioni paiono contrarie rispetto all'adempimento della pubblicazione della motivazione in parola, in anticipo rispetto al provvedimento di affidamento.

30 A sostegno di detta argomentazione l'Autorità menziona peraltro le risultanze della Relazione 2021 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, dalla quale emerge il rilievo di circa 11.300 affidamenti a società controllate, di cui la maggior parte riguardanti Comuni e il settore dei servizi pubblici locali, laddove solo il 5% dei predetti affidamenti è avvenuto con gara. Ad analoghe considerazioni conducono, a giudizio dell'Autorità, gli stessi dati del Ministero dello Sviluppo economico dai quali emerge che tra il 2017 e il 2020 gli affidamenti diretti dei servizi pubblici risultano circa il 50%.

10 del d.l. n. 77/2021), oltre che *de iure condendo* (con specifico riferimento alla riforma *in itinere* del Codice dei contratti pubblici)³¹.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ha segnalato la mancata considerazione nell'ambito delle Linee guida in parola del mutato contesto normativo, specialmente – come accennato – alla luce del dettato di cui al recente art. 10 del d.l. 77/2021, dal quale emergerebbe piuttosto chiaramente come l'istituto dell'*in house providing* sia al centro dell'attenzione del Governo e del Parlamento, in relazione (in particolare, ma non solo) alle esigenze di semplificazione e di rafforzamento della *capacity building* degli apparati amministrativi chiamati ad uno sforzo particolare in termini di efficienza ed efficacia per l'attuazione del PNRR e di tutte le relative ed urgenti opere pubbliche, con la conseguente evidente valorizzazione del principio di "riduzione dei tempi".

Così, nella recente disciplina di cui al decreto "governance PNRR"³² si riscontrerebbe un ampliamento dell'area applicativa del ricorso all'*in house providing*, autorizzando le amministrazioni interessate, al fine di «sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, del supporto tecnico-operativo di società *in house*»³³.

D'altro canto, nella medesima normativa – seppure "speciale", ovvero specificamente riferita ai contratti e relativi finanziamenti di cui al PNRR – si ritrova di fatto una disciplina *ad hoc* a proposito della motivazione richiesta in caso di impiego della formula gestionale dell'*in house*, in deroga rispetto al ricorso al mercato³⁴.

Da ultimo, nell'ambito del predetto parere si è rilevato altresì come le Linee guida ANAC incrocino anche la revisione (giunta ormai alle battute finale, sebbene in atto) del Codice dei

31 Così si è espresso il Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, nell'Adunanza di Sezione del 28 settembre 2021, n. 1614. V. in dottrina E. TEDESCHI, *Il Consiglio di Stato rinvia all'ANAC, per ulteriori approfondimenti, la bozza di Linee Guida in materia di in house providing*, in www.lamministrativista.it.

32 Si fa riferimento alla legge 29 luglio 2021, n. 108, di conversione, con modifiche, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, recante «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure».

33 V. sull'argomento, in dottrina: C. D'ARIES, *Le misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici: il supporto tecnico-operativo delle Società In-House Providing*, in *Azienditalia*, 2022, 29, 8/9, 1385 ss.; I. CAVALLINI – E. RIVOLA – M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del Codice Appalti e la Legge Concorrenza 2022*, in *Azienditalia*, 2022, 29, 11, 1700 ss.; E. CAMPAGNANO, *L'evoluzione dell'in house providing, dall'eccezione all'evidenza pubblica a strumento per l'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contratto e impr.*, 2022, 4, 1149.

34 L'art. 10, comma 3 d.l. 77/2021, con riferimento al testo dell'articolo così come modificato dalla legge di conversione n. 108 del 2021, dispone che, ai fini dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, «la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali». Cfr. sul dato normativo recente succitato A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 3, 298. Quest'ultimo, in particolare, pone in luce come la novità rilevante, prevista dall'art. 10, comma 3, D.L. n. 77/2021, risiederebbe nell'aver fatto assumere centralità al fattore temporale, elevato, di fatto, a principale elemento di cui dare conto, in sede di motivazione, per ricorrere all'*in house*; ne discenderebbe un netto alleggerimento dell'onere istruttorio e motivazionale a carico delle amministrazioni e una conseguente maggiore semplicità nell'affidare lo svolgimento delle funzioni di sostegno tecnico-operativo, per l'attuazione del Piano, fuori dalla logica concorrenziale.

contratti pubblici, la quale ben potrebbe verosimilmente determinare un rinnovato bilanciamento tra le esigenze di speditezza, celerità, efficienza ed efficacia operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici, da un lato, e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza, dall'altro.

Sebbene, dunque, le Linee guida predette non siano state emesse in via definitiva, il principio cardine delle stesse e dunque l'idea per cui l'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 imporrebbe un onere motivazionale rafforzato ed incisivo circa la praticabilità dell'affidamento diretto in alternativa rispetto al ricorso al mercato, da compiersi peraltro mediante un'analisi effettuata in concreto, caso per caso e sulla base di dati comparabili, è stata sostenuta da larga parte della giurisprudenza amministrativa³⁵.

Le più recenti pronunce, in particolare, hanno posto in luce come la giurisprudenza possa dirsi consolidata nel ritenere che l'affidamento *in house* di servizi debba ritenersi illegittimo nel caso in cui non si ravvisi una convenienza economica rispetto alla esternalizzazione del servizio stesso; *l'in house providing*, in altri termini, dovrebbe intendersi quale modalità di affidamento a carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente e risulterebbe impiegabile solo laddove sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato³⁶.

In tal senso, tale orientamento giurisprudenziale è giunto a sostenere che l'obbligo motivazionale di cui trattasi sfoci di fatto nella necessaria dimostrazione del c.d. "fallimento del mercato", con la conseguenza per cui l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato, ai sensi dell'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici, risulterebbe assoggettato ad una duplice condizione.

Nel dettaglio, la prima condizione consisterebbe nell'obbligo di motivare a proposito delle condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato, in ragione del carattere sostanzialmente secondario e residuale dell'affidamento *in house*, il quale «*appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato "fallimento del mercato" rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine a "gli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società in house invece supplirebbe*»³⁷.

La seconda condizione consisterebbe invece nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, dimostrazione non necessaria nell'ipotesi di altre forme di affidamento, specialmente laddove si faccia ricorso ad una gara pubblica tra diverse imprese, dunque sempre alla luce

35 Così, tra le altre, si v. quanto esplicitato sul punto già nelle seguenti pronunce: Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, in *Foro amm.*, 2018, 11, 1920; TAR Liguria, Genova, sez. II, 2 ottobre 2020, n. 680, in *Foro amm.*, 2020, 10, 1893; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 11 novembre 2020, n. 1248, in www.giustizia-amministrativa.it.

36 Cfr. Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2022, n. 681, in www.giustizia-amministrativa.it; la stessa riprende peraltro il precedente in termini di cui a Cons. St., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5732, in *Guida al diritto*, 2016, 4, 40.

37 V., in tal senso, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, in www.giustizia-amministrativa.it. In argomento cfr., altresì, Cons. St., sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564, in www.giustizia-amministrativa.it e T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 14 giugno 2021, n.1021, in *Foro amm.*, 2021, 6, 1042.

dell'orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica nell'ambito dell'ordinamento interno³⁸.

Il medesimo orientamento ha precisato, in aggiunta, come l'onere motivazionale inerente alla dimostrazione del "fallimento del mercato rilevante" dovrebbe essere assolto avendo riguardo alle prevedibili mancanze in ordine agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, cui la società *in house* invece supplirebbe, e agli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*.

Del resto, i "benefici per la collettività" derivanti dall'affidamento *in house* e le ragioni del mancato ricorso al mercato rappresenterebbero «*le due facce di una medesima realtà, di cui colgono, rispettivamente, gli elementi "positivi" (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli "negativi" (sub specie di indisponibilità di quei "benefici" attraverso il ricorso al mercato)*»³⁹.

Quanto ai riflessi dell'obbligo motivazionale di cui trattasi sull'aspetto dell'attività istruttoria in capo all'amministrazione la stessa giurisprudenza ha chiarito come sussisterebbe un margine di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta circa le modalità più appropriate a cogliere, in relazione alla concreta fattispecie, i dati necessari al fine di compiere, in maniera oggettiva quanto completa, la suddetta valutazione di "preferenza", fatta salva, ad ogni modo, la verifica del giudice amministrativo circa la loro idoneità a fornire un quadro attendibile ed esaustivo della realtà fattuale rilevante nei sensi illustrati. Così, «*la congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere*

38 Cfr. su tale aspetto Corte conti, sez. giurisd. Lombardia, 25 ottobre 2022, n. 161, laddove si è chiarito che «*l'affidamento alla società in house, dunque, deve essere supportato da: 1) una valutazione sulla "congruità economica dell'offerta" predisposta dai soggetti in house. La congruità economica deve essere valutata rispetto all'oggetto e al valore della prestazione; 2) una motivazione ("aggravata") sul "fallimento del mercato" e sui benefici per la collettività che la gestione "in house" riuscirebbe a perseguire rispetto agli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Con riferimento al primo aspetto, la valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti in house deve tradursi in una dettagliata indicazione dei costi per ogni attività ricompresa nel servizio e in una valutazione di sostenibilità degli stessi mediante i ricavi dalla tariffa applicata alla cittadinanza. Si può ritenere che, nel provvedimento di affidamento diretto del servizio, sussista una motivazione sulla "congruità dell'offerta economica della società" facendo rinvio alle ragioni della scelta per la gestione in house del servizio esposte nella relazione ex art. 34, comma 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (Cons. St. sent. 15 dicembre 2020, n. 8028). Ai fini della valutazione sulla congruità dell'offerta, la Magistratura contabile in sede di controllo preventivo di legittimità ha affermato che i valori per valutare la "congruità" dell'offerta economica devono essere «economicamente significativi, attuali e comparabili» (C. conti, sez. contr. leg. sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, del. n. SCCLEG/9/2020/PREV del 23 novembre 2020). La motivazione "aggravata" sul "fallimento del mercato" e sui "benefici per la collettività" in termini economici e qualitativi si traduce nell'evidenziazione di quali sono i 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. In concreto, la motivazione deve dare atto di due condizioni: da un lato, le ragioni che hanno portato all'esclusione del ricorso al mercato (il c.d. "fallimento del mercato"); dall'altro, l'indicazione degli specifici benefici per la collettività connessi all'affidamento in house. L'onere motivazionale sul c.d. fallimento del mercato può essere assolto mediante «un'indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società in house con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house operanti nel territorio limitrofo» (Cons. Stato, 3 marzo 2020, n. 1564; Cons. St., sent. n. 6460 del 20 ottobre 2020)».*

39 Così, in particolare, Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, cit.

valutata caso per caso, non potendo escludersi la possibilità (recte, legittimità) di un modus procedendi che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo in house, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati»⁴⁰.

Del pari, sul piano della tecnica di redazione della motivazione aggravata in parola, l'orientamento in oggetto ha statuito che *«l'assenza di rigidi e vincolanti metodiche ben consente di sviluppare in un'ottica dinamica l'adempimento dell'onere di motivazione rafforzata (...) ben potendo orientarsi in una visione anche solo prospettica di cui è sufficiente poter apprezzare in termini complessivi la concreta fattibilità e l'intrinseca congruenza»⁴¹.*

Ebbene, in tale panorama ravvisabile sul piano giurisprudenziale, occorre registrare come la sezione IV del supremo giudice amministrativo pare abbia assunto sul punto una posizione più moderata e, in quanto tale, condivisibile.

Secondo tale ricostruzione, in particolare, nell'attuale quadro normativo, specialmente alla luce del combinato disposto dell'art. 192, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, sarebbe imposto all'amministrazione aggiudicatrice che intenda ricorrere all'affidamento *in house* un onere motivazionale rafforzato, il quale consenta un effettivo controllo circa la scelta effettuata, sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche, ciò, tuttavia, alla luce delle specificazioni di seguito dettagliate⁴².

In particolare, *«con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'in house rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società in house è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza. Del resto, una diversa interpretazione dell'art. 192, c.2, che condurrebbe a richiedere - piuttosto che la prova della ragionevolezza economica della scelta compiuta - la dimostrazione del fallimento del mercato tale da rendere inevitabile il ricorso all'affidamento diretto,*

40 Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, cit. In senso conforme, il giudice amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 marzo 2021 n. 742, in www.lamministrativista.it) rispetto ad una fattispecie concreta, ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 192 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto nella Relazione, il Comune avrebbe provveduto ad una valutazione della solidità economico finanziaria della società *in house*, incentrata direttamente sui suoi bilanci, sino all'ultimo approvato disponibile, sulle stime patrimoniali periziate, e sul raffronto tra il corrispettivo dalla stessa indicato ed i costi del medesimo servizio sul mercato alla data della redazione della Relazione, quantificando il risparmio complessivo per il Comune, in caso di gestione mediante il modello *in house*, dimostrando così l'esistenza di un "fallimento del mercato rilevante" e indicando gli specifici benefici per la collettività che deriverebbero dalla gestione dei servizi mediante affidamento diretto *in house*.

41 V. Cons. St., sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682, in *Foro amm.*, 2021, 5, 783, ove si è precisato che *«la tecnica di redazione privilegiata dall'Amministrazione non può dirsi soggetta ad una metodica rigida e vincolante essendo sufficiente che la trama argomentativa compendiata nella relativa statuizione dia adeguatamente conto dell'aderenza della scelta compiuta alle coordinate sopra richiamate. (...) quello dei costi non solo non costituisce l'unico elemento di cui tener conto ai fini del vaglio di ragionevolezza della scelta di internalizzare il servizio, ma ad esso va assegnato un rilievo tendenzialmente complementare nel senso che può assumere rilievo discrezionale a parità di condizioni qualitative, di efficacia e di ammissibilità».*

42 In tema si v. anche Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 464.

renderebbe tale norma sostanzialmente riproduttiva della previsione di cui all'art. 23-bis e si rivelerebbe antitetica alla volontà popolare espressa con il referendum del 12 e 13 giugno 2011»⁴³.

A parere dei giudici apparirebbe chiara cioè la differenza tra il contenuto della motivazione rafforzata di cui all'art. 192, comma 2 d.lgs. 50/2016 rispetto a quello posto dal citato art. 23-bis e ripreso nel citato art. 4, posto che nell'ambito di tali previsioni normative si richiedeva di fatto la dimostrazione di "situazioni eccezionali" che, in ragione di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato, rendendo così in sostanza eccezionale l'affidamento diretto e limitando quest'ultimo ai casi di fallimento del mercato. Di contro, l'onere motivazionale di cui al vigente Codice dei contratti pubblici non presenterebbe un carattere rigoroso e stringente come evidenziato rispetto alla previgente normativa, potendo di conseguenza essere ritenuta congrua una motivazione volta a enucleare la convenienza economica dell'affidamento diretto e le ragioni del mancato ricorso al mercato, senza doversi spingere sino alla prova dell'inesistenza di soluzioni alternative⁴⁴.

43 In tal senso, Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, in www.giustizia-amministrativa.it, ove – richiamando antecedenti pronunce tra cui Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, oltre che Cons. St., sez. consultiva atti normativi, parere n. 774 del 29 marzo 2017 – si è chiarito che «*nella disciplina vigente non si pone alcuna ipotesi di esclusione automatica dell'affidamento diretto, che determinerebbe una limitazione assoluta della discrezionalità dell'amministrazione (come avveniva con il citato art. 4), ponendo sulla stazione appaltante esclusivamente un obbligo motivazionale in merito alla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, ai benefici per la collettività di tale forma di gestione ed alle ragioni del mancato ricorso al mercato*». In dottrina v. S. TRANQUILLI, *Precisazioni del CDS sul perimetro della motivazione necessaria per procedere all'affidamento in house*, in www.lamministrativista.it, 2021.

44 V., in partic., Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, cit. Ancora, rispetto ad altra fattispecie concreta, si v. Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093, di riforma di T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, n. 280/202, laddove si è ritenuto assolto l'onere motivazionale, ritenuto che i vantaggi dell'operazione interna e la congruità economica dell'offerta risultano avvalorati dai seguenti specifici elementi: una attività di "confronto puntuale" sull'incremento del costo del lavoro; il confronto comparativo tra il costo complessivo offerto e quello del gestore uscente; la verifica circa il costo unitario, riscontrato più conveniente di quello registrato nei plurimi "benchmark" presi a riferimento; i plurimi "benchmark" presi a riferimento, che danno conto di una indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società *in house* con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società *in house* operanti nel territorio limitrofo; la evidenziazione dei vantaggi economici derivanti dalla possibilità di adattare in ogni momento le condizioni di erogazione del servizio alle mutate esigenze del Comune; la previsione di elementi innovativi indicati nel corpo della Relazione, quali attività di consulenza tecnica, servizi informatici, organizzazione di eventi formativi, tutti rilevanti sotto il profilo della dimostrata convenienza economico-qualitativa del servizio affidato *in house*. Così, uniformandosi di fatto a tale più moderato orientamento, si è recentemente espressa la stessa sezione V del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562, in www.giustizia-amministrativa.it) osservando come, nel caso di specie, nell'apparato motivazionale richiesto, risultassero carenti i seguenti aspetti: «*a) non sono stati valutati i costi di gestione dei servizi; b) non sono state indicate le singole voci del servizio nonché specificati i costi attuali sostenuti dal Comune e quelli che l'Ente sosterrà per l'affidamento in house; c) non sono stati comparati i costi praticati dall'affidataria in house con quelli medi rilevati attraverso l'osservatorio provinciale, constatandosene l'allineamento; d) non è stata data evidenza ai servizi e attività aggiuntive, valutati dal Comune in termini qualitativamente migliorativi rispetto alle pregresse gestioni. In sostanza, non sono stati comparati i dati né confrontati i costi. (...) La relazione si svolge tutta sul piano meramente astratto, tanto è vero che nella "motivazione della scelta" si afferma che l'affidamento dei servizi in house consente di ovviare alle problematiche economiche, burocratiche, logistiche e gestionali che una esternalizzazione del servizio necessariamente comporterebbe, ma non si fa alcun riferimento, nemmeno esemplificativo, alle problematiche concretamente riscontrate nel corso della pregressa esternalizzazione effettiva dei servizi*». L'onere motivazionale, in altri termini, sarebbe stato assolto laddove l'amministrazione avesse impiegato lo "storico" dei costi dei servizi per i quali si era già rivolta al mercato, ovvero ove avesse effettuato la comparazione con i

Del resto, mette conto osservare come la più recente giurisprudenza amministrativa pare si collochi in senso favorevole rispetto alla prospettata opzione interpretativa dell'art. 192, comma secondo del d.lgs. 50/2016, più moderata nel senso della non necessaria dimostrazione nell'ambito della motivazione richiesta al fine dell'affidamento diretto di un sostanziale fallimento del mercato⁴⁵.

In tal senso, in particolare, l'onere motivazionale nel senso della preferenza per l'affidamento *in house* rispetto al ricorso alla gara non dovrebbe estendersi sino all'accertamento della oggettiva impossibilità di conseguire il medesimo risultato con il ricorso al mercato, potendo di contro essere ritenuta adeguata e sufficiente, compatibilmente con la discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici dall'art. 2, comma 1, della direttiva 2014/23/UE, l'indicazione di «*plausibili ed atipiche ragioni preferenziali, adottate a sostegno della globale convenienza dello strumento pubblico*»⁴⁶.

5. Osservazioni conclusive.

A proposito dell'onere motivazionale di cui al presente contributo, in senso generale, non si può non rilevare, anzitutto, come il medesimo si ponga in linea con il principio generale immanente al nostro ordinamento alla luce del quale ciascuna decisione amministrativa debba essere debitamente motivata.

Ancora, alla luce della normativa vigente ed in particolare, stante il dettato dell'art. 192, comma secondo del Codice dei contratti pubblici, non vi è dubbio circa la necessità per le amministrazioni di condurre un'adeguata istruttoria e, conseguentemente, motivare la scelta dell'affidamento diretto, mediante una motivazione, senza dubbio, definibile come "rafforzata" o "aggravata"⁴⁷ – come esposto nella presente trattazione in particolare al precedente § 4 – soprattutto in ragione di un sostanziale sfavore verso gli affidamenti *in house* nell'ambito dell'ordinamento interno, peraltro costantemente riscontrabile nell'evoluzione della normativa sul tema sul piano nazionale⁴⁸.

Stanti tali premesse e, con specifico riguardo al contenuto concreto ed alla necessaria perimetrazione di tale onere motivazionale, tuttavia, non si può non rimarcare, in primo luogo, quanto emerso nell'ambito del parere n.1614/2021 espresso dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida ANAC recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*», laddove si è esplicitato come le Linee guida, ma altresì l'istituto dell'*in house*, si inseriscano in un contesto

prezzi offerti dagli operatori operanti nel mercato, tenendo conto delle compensazioni dovute per i servizi non a domanda.

45 Così, si v. quanto esposto sopra, con particolare riferimento all'orientamento di cui alla sezione IV del Consiglio di Stato.

46 Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 4 gennaio 2022, n. 12 e, da ultimo, T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 11 novembre 2022, n. 1729, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

47 Rispetto alla qualificazione della motivazione si v. G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro amm.*, 6, 2020, 1313.

48 Si pensi in particolare al dettato dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell'attuazione delle misure previste nell'ambito del PNRR.

A tal proposito, infatti, il comma 1 dell'art. 10 del d.l. n.77/2021, al precipuo fine di accelerare gli investimenti pubblici, ha individuato la possibilità di avvalersi, «*mediante apposite convenzioni, del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*».

Ancora, il successivo comma 3 dell'art. 10 ha introdotto, una disciplina che, seppur speciale, rappresenta un'indicazione in termini di onere motivazionale ai fini dell'affidamento *in house* della quale non si può non tener conto, la quale considera anche tra gli altri aspetti cui fare riferimento nell'ambito della motivazione, quelli del risparmio di tempo e di risorse economiche.

In altri termini, seppure tale ultima disciplina sia stata individuata *ad hoc* in relazione agli affidamenti disposti nell'ambito del PNRR, in ottica complessiva e sempre tenendo in considerazione il dato normativo e l'evoluzione del medesimo, non si può escludere che nell'ambito della nuova disciplina in materia di contratti pubblici si individui, in senso generale, un diverso punto di equilibrio tra le esigenze di speditezza, efficienza ed efficacia operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza.

In aggiunta, nel considerare il contesto normativo attuale, occorre rammentare quanto disposto dalla legge n. 118/2022, c.d. "*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*" in merito alla motivazione in caso di autoproduzione, laddove, nel prevedere l'adozione di un decreto legislativo di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in particolare all'art. 8, comma 2, lett. g) tra i principi e criteri direttivi in materia, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, si è operato un esplicito riferimento alla necessità di predisporre, ad opera dell'ente locale, una "*motivazione qualificata*", al fine della scelta, ovvero della conferma del modello dell'autoproduzione. Tale motivazione, ai fini di un'efficiente gestione del servizio, secondo quanto disposto dalla legge delega, «*deve dar conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione*»⁴⁹.

In attuazione della suddetta delega, come noto, è entrato in vigore il d.lgs. 23 dicembre 2022 n. 201, recante "*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", il

⁴⁹ In proposito, si è peraltro osservato come tale previsione, decisamente in ottica pro-concorrenziale, paia porsi in conflitto con quanto disposto in merito agli affidamenti *in house* nell'ambito delle specifiche previsioni sugli investimenti per il PNRR. Così, si è rilevato in dottrina (v. in partic. A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, cit.) come «*il perimetro delle norme non sia coincidente, giacché l'art. 10, D.L. n. 77/2021, sulla scorta dell'art. 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, pare riferirsi agli affidamenti diversi da quelli avente a oggetto i servizi di interesse economico generale. A ogni modo, oltre ad amplificarsi potenzialmente la problematica dimensione "a geometria variabile" dell'istituto, resta la singolarità della parabola incrociata delle due disposizioni. Mentre, infatti, nel quadro dell'attuazione del Pnrr, si alleggeriscono gli oneri motivazionali per i servizi strumentali, per i quali si è tradizionalmente ritenuto opportuno vincolare la scelta dell'autoproduzione delle amministrazioni, si tenderebbe invece a restringere l'autonomia delle amministrazioni proprio per l'affidamento di quei servizi, rivolti al pubblico, per i quali la scelta dell'autoproduzione è stata storicamente sottoposta a criteri meno stringenti, fissati già dall'art. 34, comma 20, D.L. n. 179/2012*».

quale all'art. 17 – con specifico riguardo agli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici – ha da ultimo disciplinato l'aspetto della motivazione nel caso di affidamento diretto, richiedendo in particolare una «*qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato (...) illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta*».

Ancora, da ultimo, nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della l. 78/2022, all'art. 7, con riguardo al principio di auto-organizzazione amministrativa si trova scritto che nell'ipotesi di affidamento *in house* le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati ad adottare un provvedimento motivato che dia 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*».

Anche tale scelta legislativa, pertanto, sembra condurre verso un'interpretazione ragionevole e non eccessivamente rigorosa dell'onere motivazionale in esame, posto che anche alla luce del dettato suddetto – sebbene ad oggi non definitivo – non parrebbe indispensabile fornire una motivazione che si concretizzi nella dimostrazione circa un fallimento del mercato in relazione al singolo affidamento.

In definitiva, nell'individuazione della portata dell'onere motivazionale in parola, in termini di effettivi contenuti della motivazione, non si può non tenere conto del dato per cui la società *in house* da un lato, a differenza dell'operatore privato, non mira a produrre profitto, ma essenzialmente a coprire i costi effettivamente sostenuti per i quali può far leva su importanti economie di scala, dall'altro lato, può essere ad ogni modo intesa – al netto degli abusi dello strumento in parola in passato reiterati da diverse amministrazioni pubbliche – quale modalità operativa che consente di fatto di eliminare l'alea insita nell'affidamento disposto in favore di un operatore privato, specialmente in taluni settori e rispetto a specifici servizi di interesse generale.

Del resto, come evidenziato nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa più recente⁵⁰, l'onere motivazione rafforzato in questione si ritiene debba essere interpretato nel senso della prova della ragionevolezza economica della scelta compiuta, dunque non in maniera eccessivamente stringente, spingendosi cioè sino alla necessità di dover fornire una dimostrazione del fallimento del mercato; come esposto, infatti, tale rigorosa interpretazione della norma renderebbe di fatto l'art. 192, comma 2 sostanzialmente riproduttivo della

⁵⁰ Si v., in particolare, l'orientamento seguito dalla sezione quarta del Consiglio di Stato e così, tra le altre, Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021 n. 5352, cit.

previsione di cui all'art. 23-*bis*⁵¹, dunque contrario alla volontà popolare espressa nell'ambito del referendum del 12 e 13 giugno 2011.

51 Sul punto si v. Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138, in *Foro amm.*, 2019, 1, 75. Nella pronuncia, in particolare, il Collegio ha sollevato alla Corte di giustizia il quesito interpretativo “*se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, d.lg. n. 50 del 2016) che 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 interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento*”.