



7 OTTOBRE 2020

Nuovi scenari per l'impresa pubblica
nella *sharing economy*

di Sara Valaguzza

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Nuovi scenari per l'impresa pubblica nella *sharing economy**

di Sara Valaguzza

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Con la sentenza n. 100/2020 la Consulta, rigettando la questione di costituzionalità sull'articolo 192 del Codice dei Contratti, ha confermato la spinta alla marginalizzazione delle società *in house* operata dal legislatore nell'ultimo decennio. Alla luce dell'attuale momento storico, l'articolo propone una riflessione che mira a superare l'opposizione fra impresa privata e pubblica, proponendo un rinnovato ruolo per l'impresa pubblica nell'economia, basato sull'innovazione e sulla creazione di valore sociale.

Abstract [En]: The judgement n. 100/2020 of the Italian Constitutional Court affirmed the consistency of article n. 192 Code of public contracts with the Italian Constitution. This judgment is the result of the marginalization of in-house awards that has been carried out by the Italian legislator in the last 10 years. Considering the current historical moment, the article reasons on the opposition between private and public undertakings and proposes an updated role of the latter ones in the economy, based on innovation and on the creation of social value.

Sommario: 1. La questione di costituzionalità affrontata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 100/2000. -. 2. La pronuncia della Consulta nel contesto degli orientamenti normativi in materia di in house providing. -. 3. ...e nel contesto dei precedenti del giudice costituzionale. -. 4. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sull'art. 192 D.Lgs. n. 50/2016. -. 5. Le caratteristiche dell'attività di impresa e l'identità specifica dell'impresa pubblica. -. 6. Conclusioni: l'in house providing oltre il prisma della concorrenza.

1. La questione di costituzionalità affrontata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 100/2000.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale e quella della Corte di Giustizia, in alcune recenti decisioni, hanno confermato la legittimità della direzione assunta dall'ordinamento italiano nel senso di marginalizzare l'utilizzo delle società a partecipazione pubblica e, in particolare, degli enti strumenti che agiscono *in house providing*, ravvisando in essi un freno alla concorrenza.

Se è certamente vero che, attraverso la disciplina dei servizi di interesse economico generale, anche il mercato concorrenziale garantisce la soddisfazione di interessi della collettività¹, tuttavia, l'approccio pro-concorrenziale rischia di offrire una visione solo parziale del fenomeno dell'impresa pubblica, offuscando una tematica tanto antica quanto cruciale, ossia quella della presenza pubblica nell'economia: il significato

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il punto è colto ed analizzato con attenzione da M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 53 ss., che osserva anche come “non è l'autoproduzione in sé a chiudere il servizio alle logiche imprenditoriali, bensì la combinazione tra autoproduzione e struttura monopolistica del mercato; per effetto della quale la concorrenza viene posta fuori campo, sia nella forma piena della concorrenza nel mercato sia in quella minore di concorrenza per il mercato.”, 77.

e il ruolo che si intenda attribuire a quest'ultima andrebbero invece affrontati e decisi con chiarezza preliminarmente rispetto al discorso inerente alla tutela della concorrenza².

Il primo punto da chiarire è il seguente: è certamente vero che il diritto europeo non impone l'obbligo di esternalizzare le attività delle amministrazioni³ e che l'*in house* rappresenta perciò (non una modalità eccezionale per eseguire prestazioni di interesse pubblico, ma) una forma di auto-organizzazione, che talvolta viene denominata discrezionalità organizzativa⁴. È però altrettanto vero che la scelta di affidare in via diretta ad organismi in possesso di determinate caratteristiche prestazioni di interesse pubblico equivale a sottrarle dal mercato.

In conseguenza di questa premessa, le limitazioni imposte dalla normativa italiana agli affidamenti *in house providing*, introdotte sulla scia dell'intenzione di ampliare gli spazi per la concorrenza ed il mercato, sono

² Come la dottrina ha già avuto modo di affermare, la concorrenza "non può avere la pretesa di assorbire ogni altro valore, quasi in forza di una presunzione assoluta secondo cui la soddisfazione del primo garantirebbe automaticamente il rispetto di tutti gli altri valori implicati." F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, 112.

³ Una peculiare chiave di lettura del fenomeno si ritrova nello scritto di F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723. Sul tema generale dell'*in house providing*, i commenti sono numerosissimi; si citano pertanto solo i contributi ritenuti più significativi per il ragionamento svolto nel presente contributo: L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, O. DE CARLI, (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, 59 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house; ampliamento o limitazione della concorrenza*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Padova, 2004, 161 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004; A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e servizi in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, 1937 ss.; F. CARINGELLA, *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, 231 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; ID., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 136 ss.; E. FRENI, *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 1124 ss.; G. PIPERATA, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza plenaria. Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1126 ss.; B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1949 ss.; F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, 774 ss.; G. CARULLO, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 991 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 ss.; A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della Società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2015; G. P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, 1067 ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; C. A. GIUSTI, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica. Profili civilistici e di diritto comparato*, Torino, 2017; M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. comm.*, 2019, 196 ss.; E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Dir. economia*, 2019, 127 ss.; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018; D. BENEDETTI, *Il nodo gordiano delle società partecipate tra Codice dei contratti pubblici e TUSP*, in F. GARELLA-M. MARIANI-L. SPAGNOLETTI-E. TOMA (a cura di), *I nodi del codice dei contratti pubblici*, Bari, 2018, 41 ss. Molto utile la lettura dei contributi inclusi nel volume S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, per la completezza degli argomenti trattati e per l'approccio critico anche con riferimento al D.Lgs. n. 175/2016, contenente il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

⁴ Come definita da D. SORACE, *Il diritto delle pubbliche amministrazioni*, ult. ed.; v. anche C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1 ss.

state sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale, per un ipotizzato conflitto, rispettivamente, con il diritto europeo e con la Costituzione.

In particolare, la previsione oggetto di analisi è l'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016, che ha introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* e 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.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 100 del 3 giugno 2020, pronunciata in esito ad un rinvio promosso dal TAR Liguria per supposta violazione dell'art. 76 della Costituzione, ha deciso per la compatibilità costituzionale della norma indagata, appurato che la legislazione nazionale di recepimento delle Direttive europee nn. 23 e 24 del 2014 in tema di appalti e concessioni non ha introdotto una diminuzione della necessaria parità concorrenziale nell'ambito delle procedure di gara, né ha violato i criteri contenuti nella legge delega (L. n. 11 del 2016). Nelle motivazioni fornite dalla Consulta si legge, tra l'altro, che la scelta del legislatore delegato è ritenuta coerente con l'orientamento normativo in materia, che, come si vedrà meglio tra poco, promuove la concorrenza per il mercato, con conseguente limitazione dei casi che escludono la gara pubblica.

Più nello specifico, nel caso di specie, la questione di costituzionalità era stata promossa sull'assunto che l'art. 192 avesse introdotto un aggravamento eccessivo all'esercizio della discrezionalità organizzativa dell'amministrazione non riconducibile ai principi o ai criteri direttivi della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, violando anche il divieto di *gold plating*⁵.

L'argomentazione logica del giudice rimettente è prioritariamente rivolta ad affermare il principio di auto-organizzazione delle amministrazioni, trovandone conferma nel diritto sovranazionale, il che non rafforza, d'altro canto, la motivazione dell'eccesso di delega in violazione dell'art. 76 della Costituzione⁶.

⁵ TAR Liguria, Sez. II, Genova, 15 novembre 2018, n. 886, con commento di C. P. GUARINI, *Una nuova stagione*. Per la verità, il divieto di *gold plating* già era stato derogato proprio all'interno della legge delega, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016, reso sullo schema di Decreto contenente il Codice dei contratti pubblici. Dunque, come emerge dai primi commenti della dottrina all'ordinanza di remissione, il segnalato profilo di incostituzionalità – che non riguarda direttamente, come invece avrebbe potuto, la limitazione introdotta dall'art. 192 in tema di *in house* (si sarebbe per esempio potuto ipotizzare un contrasto con l'art. 41 comma 1 della Costituzione, chiedendo alla Corte Costituzionale di valutare la legittimità di una normativa che introduce importanti restrizioni alla libertà degli enti pubblici di utilizzare strumenti di diritto privato per lo svolgimento di attività di interesse pubblico. Sull'invocabilità dell'art. 41 Cost. in favore dell'impresa pubblica, se si vuole si rinvia a S. VALAGUZZA, *L'attività di impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 83 ss.) –, più che cogliersi in relazione al divieto di *over-implementation* del diritto europeo, avrebbe potuto riguardare l'eccessiva ampiezza dell'esercizio del potere delegato, al di fuori di direttive specifiche del legislatore delegante, cfr. N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 828 ss.; E. OJETTI, *Il controllo parlamentare sul gold plating. L'esperienza italiana nel quadro europeo*, in *Forum cost.*, 2016.

⁶ In questo senso anche 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*, 2019, par. 4.1.

L'art. 117 della Costituzione non è stato citato nell'ordinanza di rimessione, lasciando così alla Corte di valutare se effettuare, essa direttamente, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Circostanza, quest'ultima, che la Corte Costituzionale si è risparmiata, anche in ragione della pronuncia, di poco precedente, del giudice sovranazionale proprio sull'art. 192, appena ritenuto coerente con il quadro comunitario⁷.

Il giudizio della Corte viene svolto in poche pagine di diritto, nelle quali il Redattore motiva la non fondatezza della questione anzitutto con riferimento al divieto di *gold plating*. Ricordando che si tratta di un principio interno, affidato dal legislatore italiano alle regole contenute nella legge di stabilità 2012, viene chiarita la *ratio* del divieto, interpretata come la necessità di “*impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini*”⁸. Così ricostruito lo spirito della legge, dato che la norma sospettata di incostituzionalità segue una direttrice pro-concorrenziale, essa viene giudicata coerente con il criterio in questione.

In quest'ottica, l'aggravamento di procedura voluto dall'art. 192 del Codice non violerebbe il diritto europeo, né il divieto di *gold plating* per come strutturato nell'ordinamento interno. Per concludere nella direzione menzionata, la Corte ripercorre l'art. 15 comma 2 lett. b) della legge 12 novembre 2011, n. 183 – norma che ha introdotto il divieto in questione – e ricorda i vincoli a cui il legislatore nazionale è tenuto, ossia, non inserire o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, attraverso la previsione di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive oppure attraverso l'imposizione di maggiori oneri amministrativi per i destinatari oppure sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive. A tale proposito, nell'interpretazione della Corte, il divieto di *gold plating* “all'italiana” intenderebbe evitare limitazioni che gravino sugli operatori economici e, dunque, sul gioco della concorrenza. Viceversa, la Corte non dà seguito al percorso ermeneutico, sotteso alla questione per come posta dal giudice remittente, che vorrebbe estendere il divieto di *gold plating* a qualsiasi aggravamento ulteriore rispetto ai parametri contenuti nella normativa europea oggetto di implementazione, anche ove riguardi, come in questo caso, l'attività valutativa della pubblica amministrazione.

Come si anticipava, è evidente, del resto, che l'*in house providing* impatta negativamente sulla contendibilità di un mercato importante, come quello dei servizi pubblici.

Secondo la Corte, nemmeno sussiste il contrasto con l'art. 1, comma 1 lett. eee) della legge delega n. 11 del 2016, che impone di garantire “*adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti*”

⁷ Cfr. di seguito par. 4.

⁸ Cfr. punto 5 della sentenza in commento.

pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione". Infatti, si osserva nella sentenza della Corte, anche il legislatore delegante ha prestato particolare attenzione alla figura in questione ed è proprio in attuazione di quel criterio direttivo che si è espresso il legislatore delegato.

Peraltro, la pronuncia precisa – con una finezza che tradisce la provenienza del suo Redattore - che l'art. 192 è inserito in un codice di settore, dedicato a disciplinare la concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, il che rende la norma in questione coerente con il quadro regolatorio nel suo complesso inteso. In più, precisa la motivazione, che ha ben chiari i tribolati sviluppi della normativa in tema di società a partecipazione pubblica, la norma delegata è il fisiologico sviluppo degli orientamenti nazionali in materia. L'apprezzabile argomentare della Consulta non tocca, tuttavia, il tema centrale, evidentemente alla base del rinvio disposto dal TAR Liguria - ma non adeguatamente articolato con riferimento ai profili di (supposta) incostituzionalità - che è il rapporto tra auto-organizzazione e esternalizzazione di attività e servizi di interesse pubblico. Del resto, l'impostazione dell'ordinanza di rimessione era concentrata sull'art. 76 Cost. e, dunque, sull'eccesso di delega.

Ancora più in generale, la tematica in questione si innesta, a ben vedere, su un importante snodo del diritto amministrativo, che consiste nel rapporto tra concorrenza ed impresa pubblica, rapporto che è percorso da una continua tensione, negli ultimi anni a favore della prima e con marginalizzazione della seconda, come se gli operatori economici privati e le società a partecipazione pubblica fossero antagonisti nella contesa per il medesimo ruolo.

Dopo aver ricostruito i lineamenti essenziali della problematica, proporremo una riflessione che ci porterà a ragionare sugli elementi di differenza tra impresa pubblica e privata così che, riconquistata una identità specifica dell'impresa pubblica, ci potremo domandare se esistono percorsi alternativi alla lettura pro-concorrenziale, che porta inevitabilmente a ridurre gli spazi degli affidamenti *in house*.

2. La pronuncia della Consulta nel contesto degli orientamenti normativi in materia di in house providing.

Suscita interesse la rilettura che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 100 del 2020, fornisce della disciplina di settore, nella quale viene ravvisato un orientamento costante di tipo pro-concorrenziale, con penalizzazione degli affidamenti diretti senza gara. Appare utile riportare il passaggio testualmente: “La norma delegata, in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto

da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla 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.”.

L'orientamento del legislatore a cui la sentenza riferisce è stato principalmente la conseguenza di due fattori: un programma di liberalizzazione dei servizi pubblici di matrice europea e la cattiva gestione di un gran numero di enti privati in controllo pubblico; questi due elementi, insieme, hanno comportato che gli affidamenti a società a partecipazione pubblica, in deroga alla concorrenza, siano stati oggetto di una normativa particolarmente restrittiva, che li considera eccezionali.

Per intendere correttamente le ragioni di questa specialità occorre rammentare quanto accaduto nello sviluppo della normativa sui servizi pubblici locali.

Il primo intervento significativo a riguardo ha toccato l'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000, restringendo il campo degli affidamenti diretti: l'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, nella formulazione contenuta nella prima bozza del decreto prevedeva che, “*in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale*”, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica⁹. Si ammetteva però l'affidamento senza gara del servizio laddove “*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*” non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato.

Successivamente, il D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in L. 20 novembre 2009, n. 166, ha ulteriormente ridotto il campo di azione delle società pubbliche, essendosi esplicitato che l'unico affidamento in deroga ammesso era quello *in house providing* e che le situazioni che non consentivano un efficace ricorso al mercato (legittimanti l'*in house*) dovevano essere “eccezionali”¹⁰.

Dopodiché, l'art. 23 *bis* è stato abrogato, in esito alla consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011, che aveva incluso un apposito quesito chiedendo ai votanti di esprimersi proprio sulla loro volontà di

⁹ In argomento, per tutti, F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 245.

¹⁰ Tra i primi commenti F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 245 ss.; D. AGUS, *I servizi pubblici e la concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2010, 464 ss.; M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 127 ss.; F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis*, in *www.giustamm.*, 12/2009; R. URSI, *Il gioco del monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro Amm.*, CDS, 2010, 466 ss.; A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna, 2011.

mantenere o eliminare la norma che indicava come regime ordinario di gestione dei servizi pubblici l'affidamento a terzi e come regime eccezionale la gestione diretta pubblica.

Il dibattito popolare avviato dal referendum, non sempre caratterizzato dalla precisione che accompagna gli studi giuridici, è indicativo del portato ideologico, in termini politici, dell'argomento che stiamo affrontando, attorno al quale si animano diverse visioni del ruolo pubblico nell'economia. Nella vulgata comune, la questione era impostata nei seguenti termini: volete che i servizi pubblici siano gestiti da aziende private e non da enti pubblici? È "giusto" che l'acqua, per esempio, sia un bene di tutti e non oggetto di iniziative speculative di imprese private?

Di recente, con il crollo del ponte di Genova, la grave situazione ambientale e sanitaria generata dall'Ilva di Taranto e la crisi finanziaria di Alitalia si è aperto di nuovo il sipario sull'antagonismo tra pubblico e privato, utilizzando, questa volta, insuccessi dell'imprenditorialità privata per rilanciare l'opportunità di attribuire nuovo valore all'intervento dei soggetti pubblici. Altre situazioni, quelle appena menzionate, nelle quali qualsiasi valutazione è fortemente intrisa di politicità.

Per quanto occorre in questa sede, è sufficiente tenere a mente, per ora, che sussiste una fortissima correlazione tra servizi e attività di interesse pubblico, che il ruolo nell'economia dell'impresa privata e dell'ente pubblico nasce con caratteristiche diverse e che spesso le norme di regolazione e il pensiero politico sono intrecciati.

Riservandoci di tornare più avanti su questo tema, dobbiamo prima completare il discorso sull'evoluzione normativa che ha condotto a ridurre lo spazio per gli affidamenti in *house providing*. Ebbene, per colmare il vuoto normativo venutosi a creare con il referendum sull'art. 23 *bis*, il legislatore è poi entrato nuovamente in campo, con l'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito in Legge n. 148/2011, che ha previsto una nuova normativa in materia di servizi pubblici locali.

Anche in questo disegno di riforma, l'affidamento *in house* continuava ad essere considerato una modalità eccezionale, residuale rispetto alla esternalizzazione, percorribile solo a fronte di una analisi di mercato che dimostrasse che la libera iniziativa economica non era idonea per lo svolgimento di quel particolare servizio. Senonché, il 19 luglio 2012, la Consulta¹¹, rilevata l'analogia tra la disciplina della novella e quella abrogata per volontà popolare, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 per contrasto con l'art. 75 della Costituzione. Secondo la Corte Costituzionale la normativa post referendaria "*non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamento in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente*

¹¹ Corte Cost., 19 luglio 2012, n. 190.

riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis". Da lì ad oggi poco è cambiato nelle norme di settore.

Guardando invece alla normativa dettata in tema di società a partecipazione pubblica, valevole anche al di fuori del campo dei servizi pubblici, sono certamente rilevanti le previsioni contenute nel D.Lgs. n. 175/2006¹², che regola le condizioni di azione delle società *in house*, con limiti di fatturato in favore dei soggetti diversi dagli enti costituenti e partecipanti ed impone regole speciali relativamente all'organizzazione aziendale¹³.

Le norme che il TUSP dedica alle società *in house* consolidano il modello dell'autoproduzione, riprendendo gli orientamenti nel frattempo affermatasi in giurisprudenza, e, come è stato notato, sono evidentemente orientate a far sì che *"la gestione delle società pubbliche non debba essere esclusivamente ispirata al perseguimento della massimizzazione del profitto, ma deve essere investita di una speciale responsabilità"*¹⁴.

Dunque, la limitazione introdotta in questo contesto, complementare alla prima, è relativa a preoccupazioni inerenti (non alla tutela della concorrenza, ma) alla necessità di affermare il rispetto dei principi di sana e prudente gestione del denaro pubblico a fronte della costituzione (e del funzionamento) di veicoli che possono essere anche dispersivi in un'ottica di efficienza e buon andamento dell'azione pubblica.

In conclusione, la legislazione in tema di appalti e concessioni e quella dedicate alle società pubbliche attribuisce una sicura peculiarità agli affidamenti *in house providing*, a tutela delle competitività delle attività e dei servizi di interesse pubblico e a protezione di un utilizzo oculato delle finanze pubbliche, e ci ha confermato la correttezza della lettura che la Corte Costituzionale ha proposto dell'evoluzione del quadro normativo in materia.

3. ...e nel contesto dei precedenti del giudice costituzionale.

La normativa restrittiva verso l'*in house providing* ha già visto intervenire in diverse occasioni la Corte Costituzionale in tema di servizi pubblici.

¹² In generale sulle previsioni del TUSP in argomento, G. CAIA, G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 601 ss.; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2017, 7 ss.; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; M. LACCHINI-C.A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico. Verso un nuovo paradigma pubblico-privato*, Torino, 2017; C. IBBA-I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica: Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018.

¹³ Autorevole dottrina ha criticato il termine in questione - Testo Unico - perché la normativa a cui ci stiamo riferendo comprende solo una parte della regolamentazione della fattispecie. In questo senso, G. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 31 ss.

¹⁴ M. LIBERTINI, *I principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione delle società a controllo pubblico (art. 6, d.lgs. 175/2016)*, in S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, op. cit., 45 ss.

Chiamata a valutare, con riferimento al parametro di cui all'art. 117, comma 1 della Costituzione, alcune previsioni della legge della Provincia autonoma di Bolzano sui servizi pubblici locali (legge n. 12 del 16 dicembre 2007), che consentivano l'affidamento *in house* a condizioni meno rigorose di quelle richieste dalla Corte di Giustizia, sia sul parametro del fatturato sia su quello della partecipazione pubblica totalitaria della società *provider*, la Consulta si è pronunciata per l'illegittimità costituzionale delle norme contestate, sottolineando, da un lato, l'inderogabilità dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dei principi di libera concorrenza *nel e per* il mercato e, dall'altro, l'esistenza del potere di auto-organizzazione che lo stesso diritto europeo riconosce alle amministrazioni nazionali, purché “*sia strutturato in modo da evitare che esso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza*”¹⁵.

In altri termini, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo l'ordinarietà dell'istituto, ha ritenuto che la normativa interna debba applicare i medesimi parametri interpretativi consolidati sul piano sovranazionale, nel quale si bilancia l'esigenza organizzativa delle amministrazioni con la tutela della concorrenza.

In altra sentenza, sempre della Consulta, di poco successiva, di converso ma con la medesima logica, sono state giudicate legittime le previsioni della legge regionale lombarda n. 26 del 2003, contenente la disciplina dei servizi locali di interesse generale, che stabilivano come unica possibilità di gestione per il servizio idrico integrato l'affidamento con gara, similmente a quanto dispone oggi la normativa sul gas. Nella menzionata vicenda, la Corte ha precisato che le norme regionali venivano ad inserirsi in una tendenza legislativa che, anche al livello statale, aveva ulteriormente limitato forme di affidamento differenti dalla gara e che, di conseguenza, doveva ritenersi fermo il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza, in base al quale le legislazioni regionali non potevano essere ritenute in contrasto con la Costituzione¹⁶.

Dunque, la decisione del giugno scorso viene a saldarsi con il filone pro-concorrenziale consolidatosi anche negli orientamenti della Consulta attenti, da un lato, a rispettare le determinazioni sovranazionali e, dall'altro, a consentire una maggiore apertura al mercato e agli operatori economici privati.

4. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sull'art. 192 D.Lgs. n. 50/2016.

La decisione della Corte Costituzionale è giunta qualche settimana dopo che la Corte di Giustizia si è espressa, in sede di rinvio pregiudiziale, sulla compatibilità comunitaria dell'art. 192.

¹⁵ Punto 7, Corte Cost., 15 dicembre 2008, n. 439.

¹⁶ Punto 6.2, Corte Cost., 20 novembre 2009, n. 307.

La Sezione V del Consiglio di Stato¹⁷, nell'ambito di un contenzioso volto a far annullare un affidamento *in house* disposto dopo aver approvato modifiche dello Statuto e dei patti parasociali di una società pluripartecipata da diverse amministrazioni e senza aver ottemperato alle verifiche richieste dall'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016¹⁸, ha sollevato un rinvio pregiudiziale al giudice deputato alla verifica della correttezza delle normative nazionali rispetto ai parametri sovranazionali.

Nel rinviare alla Corte di Giustizia, il Collegio ha ritenuto di dover dubitare che le disposizioni del diritto interno, nel subordinare gli affidamenti *in house* a condizioni aggravate e a motivazioni rafforzate rispetto alle altre modalità di affidamento, fossero compatibili con il diritto europeo, dal quale, come si è detto, non pare emergano indicazioni preferenziali circa l'esternalizzazione o la gestione *in house*.

L'ordinanza di rinvio ha infatti argomentato che nel diritto sovranazionale gli affidamenti diretti non appaiono in una posizione subordinata rispetto agli affidamenti con gara e invece “*al contrario, sembrano rappresentare un prius logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o esternalizzazione dei servizi di proprio interesse.*”.

Precisamente, la Sezione V ha posto due quesiti alla Corte di Giustizia: se il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale, come l'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016, che colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara, consentendo tale affidamento soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante e imponendo comunque di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento; se il diritto dell'Unione Europea osti a una normativa nazionale, come l'art. 4, comma 1 del D.Lgs. n. 175/2016, che impedisce ad una amministrazione pubblica di acquistare in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione laddove tale amministrazione intenda comunque acquistare in futuro una posizione di controllo congiunto e procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato¹⁹.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138, con commento di 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*, 2019, che segnala anche la possibile interferenza tra le attese decisioni della Corte Costituzionale, visto il rinvio sollevato dal TAR Liguria, ord. 15 novembre 2018, n. 886, da un lato, e della Corte di Giustizia, dall'altro. L'Autore ipotizza che la Corte Costituzionale attenderà l'espressione della Corte di Giustizia e che la pronuncia rese in sede di rinvio pregiudiziale costituirà *ius superveniens* nel giudizio di costituzionalità, esimendo la Corte dal pronunciarsi sull'argomento.

Le questioni affrontate dalla Sezione V erano state anticipate da R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, 228 ss.

¹⁸ Secondo cui, prima di procedere con un affidamento diretto, occorre valutare la congruità economica dell'offerta del soggetto *in house*, e motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici attesi per la collettività. L'onere motivazionale rafforzato era stato commentato anche dal Cons. St., in sede di espressione del parere sullo schema di Decreto Legislativo, cfr., Comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855.

¹⁹ Sull'ordinanza di rinvio, torneremo anche infra, nel paragrafo finale.

In un'altra vicenda, sempre la Sezione V del Consiglio di Stato è tornata sul punto e ha sottoposto alla Corte un secondo rinvio, rafforzando le argomentazioni del precedente con il richiamo alla sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009 *Coditel Brabant*²⁰ e ritenendo che, alla luce dei principi e della normativa comunitaria, le ristrette condizioni per il ricorso all'*in house* potrebbero giustificarsi solo a condizione che lo stesso diritto dell'Unione riconosca, a propria volta, priorità strategica al principio di messa in concorrenza rispetto a quello della libera organizzazione, ma così non pare essere²¹.

La dottrina aveva nel frattempo osservato che, sul piano comunitario, era da ritenersi “*difficile che la violazione del divieto suddetto appaia così palese e grave da giustificare, sul versante eurounitario, l'avvio di una procedura*

²⁰ Corte di Giustizia, Sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07. La sentenza della Corte è ripercorsa da M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Urb. e app.*, 2008, 549 ss. e da R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 525 ss. Per chi volesse ripercorrere gli elementi principali della decisione, si fornisce un sunto di seguito. La pronuncia, sollecitata dal Consiglio di Stato Belga, riguardava una vicenda particolarmente complessa, che ha visto opporsi la società Coditel, interessata ad ottenere in gestione la rete di teledistribuzione del Comune di Uccle, e il comune medesimo che, dopo aver indetto una procedura di gara, aveva revocato la decisione precedente, decidendo di associarsi alla società cooperativa intercomunale Brutélé, i cui soci erano i comuni i favore dei quali la società prestava l'attività. Lo Statuto della Brutélé escludeva, tra l'altro, l'ingresso di capitali privati. Nel caso specifico, i quesiti sottoposti alla Corte dal giudice Belga hanno riguardato le seguenti questioni pregiudiziali: se un comune possa, senza bandire una gara d'appalto, associarsi ad una cooperativa intercomunale al fine di trasferirle la gestione della sua rete di teledistribuzione, quando la società cooperativa realizza la parte essenziale delle proprie attività con i suoi soli associati, liberandoli dai loro obblighi, e le decisioni ad esse relative vengono adottate dal consiglio di amministrazione e dai consigli di settore, nei limiti delle deleghe accordate e gli organi statutari siano composti di rappresentanti delle autorità pubbliche e statuiscano a maggioranza; se i poteri così esercitati, tramite organi statutari, da tutti i operatori, o da una parte di questi nel caso di settori o sottosettori di gestione, sulle decisioni della società cooperativa possano essere considerati tali da consentire loro di esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello esercitato sui loro propri servizi; se tali poteri e tale controllo, per poter essere qualificati analoghi, debbano essere esercitati individualmente da ciascun associato o se sia comunque sufficiente che vengano esercitati dalla maggioranza degli associati. La prima e la seconda questione sono state esaminate congiuntamente dalla Corte, che ha dapprima affermato la possibilità, in astratto, di ravvisare i requisiti Teckal anche in caso di affidamento disposto ad un soggetto pluripartecipato (come la società intercomunale) e poi ha precisato quali sono le circostanze che devono essere oggetto di specifico esame da parte del giudice del rinvio in vicende siffatte. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che debba essere valutata principalmente: la composizione del capitale dell'ente concessionario e la detenzione di partecipazioni in capo all'ente affidante; la composizione degli organi decisionali dell'affidatario *in house*; la portata dei poteri riconosciuti al consiglio di amministrazione. Quanto al capitale, la Corte, richiamando la solida giurisprudenza Stadt Halle, ha escluso che possa essere legittimo un affidamento *in house* qualora, al momento dell'affidamento, la società sia partecipata da capitali privati e ha giudicato, invece, che non sia decisivo, per escludere il controllo analogo, che l'intero capitale sia ripartito tra più soci pubblici che beneficino delle attività rese dalla società. Perciò, le circostanze del caso hanno portato la Corte a ritenere rilevante, anche ai fini dell'accertamento del controllo analogo, la natura di società cooperativa della Brutélé, disciplinata dalla legge sulle associazioni intercomunali e sfornita di vocazione commerciale. Sulla terza questione, la Corte si è ricongiunta alla precedente giurisprudenza Carbotermo, ritenendo coerente con quella giurisprudenza che il controllo analogo possa essere soddisfatto anche attraverso il controllo congiunto sull'ente concessionario esercitato dalle autorità pubbliche che lo detengono, con ciò differenziandosi, però, da quello che l'ente avrebbe sui propri uffici, che sarebbe certamente esercitato in maniera autonoma (e non congiunto). Del resto, la motivazione della pronuncia aggiunge che il controllo richiesto è, appunto, “analogo” a quello che l'ente eserciterebbe sui propri uffici, ma non identico. Perciò il controllo analogo, aggiunge la Corte, può sussistere, seguendo i meccanismi del controllo congiunto, anche in presenza di decisioni assunte da un organo collegiale e a maggioranza. Le conclusioni cui la Corte giunge nel caso Coditel, dunque, sviluppano ulteriormente la giurisprudenza Coname e ammettono che anche una partecipazione irrisoria possa legittimare un affidamento *in house* purché in presenza dei presupposti del controllo congiunto.

²¹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 14 gennaio 2019, n. 293; analogamente in pari data ord. n. 296.

di infrazione nei confronti di uno Stato membro, essendo molto più frequente, invece, che eccessi normativi nel recepimento delle direttive dell'UE segmino l'instaurarsi di relazioni, per lo più informali, di checking-list tra regolatori (europei e nazionali) per migliorare l'omogeneità della regolazione nello spazio giuridico europeo.”²².

La Corte di Giustizia, il 6 febbraio 2020, riunendo la decisione di entrambi i rinvii, ha confermato la legittimità dell'art. 192²³, ritenendo che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «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.

Nel ragionamento della Corte di Giustizia assume rilevanza la libertà degli Stati di favorire una modalità di prestazione di servizi piuttosto che un'altra, libertà che viene prima della decisione di procedere con l'indizione di una procedura di affidamento di un contratto a terzi e che quindi non può essere disciplinata dalle Direttive europee in materia di appalti o concessioni. A proposito, la Corte ricorda il considerando 5 della Direttiva 2014/24, che afferma con chiarezza 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 o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici. L'unico limite che l'ordinamento europeo individua per la menzionata libertà è la concorrenzialità dei mercati, che nel caso dell'art. 192 del Codice non è affatto messa a rischio, anzi è la ragione per la quale l'affidamento diretto ha, nell'ordinamento italiano, condizioni di applicazione maggiormente restrittive di quelle previste (perfino) dalle direttive europee²⁴.

La Corte ha risolto la questione con un'ordinanza, il che presuppone, tra l'altro, l'aver qualificato la questione come non problematica.

Tuttavia, i primi commenti alla menzionata decisione europea hanno messo in rilievo il fatto che il giudice sovranazionale non ha affrontato la parte del quesito con la quale il Consiglio di Stato aveva richiesto di esaminare, dal punto di vista del diritto europeo, la questione del rapporto tra internalizzazione ed esternalizzazione, per verificare se vi fosse o meno una priorità tra i due. Se si fosse affermato il principio di equiordinazione, coerentemente con il principio di libera organizzazione delle attività di interesse

²² C.P. GUARINI, *Una nuova stagione*, cit., 19.

²³ Sez. IX, 6 febbraio 2020, da C-89/19 a C-91/19, in *Urb. e app.*, 2020, con nota di C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, 354 ss.

²⁴ A supporto di questa argomentazione, in dottrina si è osservato che è coerente con i Trattati riconoscere agli enti locali la possibilità di autoproduzione solo quando l'affidamento a terzi “non consenta l'adempimento della specifica missione dell'impresa incaricata, oppure la prima garantisca obiettivi vantaggi nella realizzazione della missione suddetta”, M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, cit., 79.

pubblico, allora i dubbi di compatibilità anche comunitaria dell'art. 192 avrebbero potuto trovare migliore fondamento.

La decisione della Corte di Giustizia di non censurare la normativa italiana non pare riconducibile ad una irrilevanza della vicenda per il diritto europeo, ma è più plausibilmente conseguenza dell'intenzione di non introdursi in un campo nel quale la discrezionalità del legislatore nazionale può dispiegarsi nella maniera ritenuta maggiormente rispondente alle esigenze interne.

Così, infatti, nel contesto normativo italiano, la stretta sull'*in house* è frutto di una politica di contenimento della presenza delle società a partecipazione pubblica, spinta da diversi fattori locali, ai quali il giudice europeo resta estraneo, e che, soprattutto, non nuoce alla concorrenza e dunque non intralcia la disciplina europea in tema di affidamento di appalti e concessioni. Diverso sarebbe, con buona probabilità, il caso contrario, ossia l'ipotesi in cui un legislatore nazionale ritenga di allargare le maglie delle deroghe agli affidamenti con gara, perché, in quello scenario, il diritto della concorrenza verrebbe in rilievo.

Si potrebbe allora ritenere che l'*in house*, corrispondendo, di fatto, ad una riduzione degli spazi del mercato concorrenziale, sia da collocare in una posizione gerarchicamente subordinata all'esternalizzazione secondo il diritto europeo. Tuttavia, così non è: infatti, il diritto europeo ha titolo (nel senso di legittimazione derivante dai Trattati) ad intervenire là dove vi sia una domanda rivolta alle imprese, al fine di garantire la libertà di scambi e di circolazione in favore degli operatori economici degli Stati membri dell'Unione. A ben vedere, sia l'*in house* che l'organismo di diritto pubblico comunitario sono categorie introdotte dal diritto europeo per evitare che gli Stati si dotino di strutture capaci di sfuggire alla regola della concorrenza per il mercato. Non c'è però, nel diritto europeo, una scala di preferenza, tra intervento pubblico diretto nell'economia e concorrenza per il mercato o liberalizzazione; c'è invece una valutazione delle modalità attraverso le quali si realizza il primo, in una logica di protezione delle opportunità per gli operatori economici. Quando, dall'analisi svolta in sede europea, l'intervento pubblico nell'economia non favorisce un imprenditore in luogo di un altro e non è un mezzo per ridurre l'ambito dell'applicazione delle regole sull'evidenza pubblica, oppure quando una normativa nazionale si auto-limita in favore del mercato, non c'è alcuna frizione con il diritto europeo.

In altri termini, ove si opti per l'*in house*, quello che accade – sempre che l'istituto non sia utilizzato in maniera scorretta per evitare di dare applicazione alle regole di concorrenza – è che viene meno, *tout court*, il presupposto per la messa a gara. Di conseguenza, viene meno la legittimazione ad intervenire da parte degli organi europei, salvo che per gli affidamenti disposti dal *provider in house*, che devono avvenire nel rispetto delle regole di concorrenza.

E infatti, come non si è mancato di osservare, l'*in house providing* non entra in contraddizione con le regole europee, perché non toglie il fatto che quando l'amministrazione opti per il mercato dovrà dare

applicazione piena delle norme che tutelano la concorrenza²⁵. Ed ancora si è scritto che *l'in house* non inficia nemmeno la concorrenza come principio della nostra Costituzione, poiché oggetto di tutela costituzionale è la concorrenza “economica” – ben diversa dalla concorrenza “artificiale” che avviene nel mercato dei contratti pubblici per effetto della regolazione –, “*vale a dire quella che si realizza tra una pluralità di produttori di beni o servizi, i quali offrono i loro prodotti ad una pluralità di potenziali acquirenti*”²⁶.

5. Le caratteristiche dell'attività di impresa e l'identità specifica dell'impresa pubblica.

L'“impresa pubblica”²⁷ deve necessariamente giustificare la propria presenza in ragione del perseguimento di un interesse pubblico. Questo è logico, e anzi doveroso, dal momento che la persona giuridica pubblica che dà vita ad un'attività imprenditoriale è tenuta a farlo entro i confini che legittimano la sua azione, che sono per l'appunto delimitati dalla necessità di incontrare interessi delle comunità amministrate²⁸.

Se questo è certamente vero, non è altrettanto vero il contrario, cioè che l'impresa privata non persegua (anche) un interesse pubblico.

Di conseguenza, quello che si scolora, nell'attuale scenario economico e sociopolitico, è la differenziazione tra impresa pubblica e impresa privata: sempre meno appare corrispondere alla realtà una distinzione che segni un confine netto tra soggetti, pubblici e privati, in ragione dell'intenzione di perseguire scopi di utilità generale, da un lato, e meramente lucrativi, dall'altro.

Pure l'immedesimazione tra perseguimento dell'interesse pubblico e impresa pubblica sarebbe fuorviante, perché attualmente l'impresa, che sia pubblica o privata, è diretta, tutta, con diverse intensità, a produrre un valore collettivo.

La capacità di produrre profitto viene a mescolarsi con la produzione di valore pubblico come conseguenza della crescita di una sempre più profonda consapevolezza, nell'imprenditorialità privata, della necessità di investire e dirigere la propria azione guardando a cosa è “bene” per la società.

Se così è, allora, prima di individuare eventuali fattori differenziali che servano a individuare il ruolo attuale dell'impresa pubblica, è utile tornare, per un momento, alla nozione base di impresa.

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.

²⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali*, *ult. cit.*

²⁷ “Impresa pubblica” intesa non come la nozione di matrice comunitaria utile a definire l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in tema di appalti nei settori speciali ma come sintesi delle forme organizzative (non necessariamente di tipo societario) a cui i soggetti pubblici danno vita per svolgere attività di prestazione o produzione di beni e servizi.

²⁸ Se si vuole, per ricostruire le motivazioni che supportano questa affermazione, S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, 52 ss.

La nozione di impresa è evidentemente polisemica e ha alimentato teorie nelle scienze economiche e sociali, oltre che nella scienza giuridica, sui cui sarebbe troppo ambizioso qui soffermarsi anche solo a tratti. Diremo quindi, molto sinteticamente, che è un'impresa l'attraversamento delle colonne d'Ercole, la scoperta dell'America, l'invenzione dei personal computer, la costruzione di una diga, l'insegnamento. Impresa è un percorso di conquista, non una semplice operazione commerciale.

Secondo le teorie più accreditate, l'impresa, intesa nella sua dimensione dinamica, comporta l'assunzione di rischi e l'eventuale produzione di danni, implica un'organizzazione più o meno complessa e deve tendere alla innovazione e allo sviluppo²⁹.

La connotazione lucrativa non è propria della storia di tutte le imprese. Piuttosto, l'inclinazione alla scoperta e l'ingaggio di un'organizzazione, che condivide uno scopo comune, programmato nell'essere e nel divenire, appaiono elementi ineliminabili dell'impresa.

La nozione di base è comune al settore pubblico e a quello privato: la trasformazione, la produzione, il servizio, il rinnovamento, la progettualità sono tutti elementi dell'impresa, sia pubblica sia privata. Una organizzazione che insegue uno scopo è un'impresa e lo scopo dipende dall'imprenditore, dalla sua guida e dalla sua capacità di visione. In questo in ogni esperienza imprenditoriale c'è un potente substrato identitario di chi la fonda e la fa vivere.

L'impresa risente inevitabilmente del contesto in cui opera, dal quale trae ispirazione l'imprenditore. L'assunzione del rischio, l'esposizione alle perdite così come ai guadagni, sono più spiccate nell'impresa privata. Mentre l'impresa pubblica guarda, per storia, alla riforma, alla politica, allo sviluppo del Paese. Non è detto, come si anticipava, che l'impresa pubblica sia l'unica capace di mirare alla ricerca e alla realizzazione dell'interesse pubblico. Se la differenza tra impresa pubblica e privata non si situa più nella sensibilità dell'una, e non dell'altra, al perseguimento del bene pubblico, vi è da domandarsi dove sia allora. Sempre che di differenza si possa ancora parlare.

Il quesito di fronte al quale ci poniamo concerne l'essenza dell'organizzazione, il cuore della funzione imprenditoriale, pubblica e privata. Quale è, insomma, il carattere identitario dell'impresa pubblica?

L'interrogativo è funzionale, in questo scritto, ad intendere se sia corretta l'operazione logica che marginalizza le società *in house* considerando il rapporto tra impresa pubblica e privata nel prisma esclusivo della tutela della concorrenza.

Ebbene, la differenza, a nostro avviso, sta nel tipo di progettualità. L'impresa pubblica, se vuole essere fedele al modello che ne giustifica la presenza, esaminato politicamente il contesto, sceglie dove intervenire in ragione di una programmazione più ampia del raggio di azione del proprio *business*, entro

²⁹ Il percorso dell'impresa, come concetto dell'economia e della sociologia, si può leggere nella voce di G. SCHIFO, *Impresa* (ad vocem), Enciclopedia Einaudi, Torino, 1979, 216 ss.

un disegno di sviluppo che include il progresso e la tutela delle comunità amministrate. In questo senso, l'impresa pubblica è neutra rispetto al suo oggetto e può avere una programmazione che accetta un rischio più alto, oltre i confini delle redditività, perché le ragioni del suo intervento possono prescindere da valutazioni commerciali, pur dovendosi attenere, in linea di massima, alle regole del pareggio di bilancio, se si ricorre alla forma societaria.

L'impresa pubblica può occuparsi di industria siderurgica, di costruzioni, di medicina, di nuove tecnologie. Il suo oggetto dipende dalla strategia di sviluppo su cui l'ente pubblico – che sia lo Stato o un altro soggetto pubblico il discorso non cambia – intende investire per creare valore.

Non è l'oggetto a fare l'impresa pubblica, ma la motivazione che ne accompagna l'azione. Motivazione che deve essere coerente con la forma prescelta: l'impresa pubblica, per esempio, potrà essere esercitata in forma societaria solo se sussistono le condizioni per l'equilibrio dei costi e dei guadagni; diversamente potrà farsi ricorso a strutture cooperative, o ad altro che sia coerente con obiettivi e modalità di azione.

L'impresa pubblica si allontana dalla sua essenza quando perde il nesso con un preciso programma di governo e di sviluppo. Il che è piuttosto facile in un Paese come il nostro, in cui la volontà politica si esprime attraverso ipertrofici interventi normativi piuttosto che con documenti di sintesi che traccino percorsi strategici.

Del resto, come ci ricorda la storia del diritto amministrativo³⁰, l'intervento statale, nei momenti cruciali della storia d'Italia, è stato assistito da diverse e importanti ragioni: in supporto alla ripresa economica del dopoguerra; come sviluppo di ecosistemi economici dei vari territori nell'Italia delle Regioni; come erogatore di servizi essenziali e anche delle situazioni di fallimento del mercato.

Ai giorni nostri, nella prospettiva della lotta al cambiamento climatico e della cosiddetta “svolta verde”: *“Putting every citizen's life in the hands of a disparate array of unaccountable commercial interests over whom the public has little or no control, and even less ability to access and sway regarding the services that maintain everyone's daily existence, is little more than a capitulation of democratic governance and oversight.”*³¹. In altri termini, nella Terza Rivoluzione Industriale³², basata sul *green new deal*, sulla predisposizione di infrastrutture digitali e sulla condivisione dei servizi, il ruolo dei poteri pubblici dovrebbe tornare ad essere centrale acquisendo una nuova dimensione.

³⁰ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Lecce, ult. ed.

³¹ J. RIFKIN, *The green new deal*, New York, 2020, 37.

³² J. RIFKIN, *The green new deal*, op. cit., 34: “The Third industrial revolution infrastructure is engineered to be distributed, open and transparent, to achieve network effects, and it scales laterally, allowing billions of people to engage directly with each other both virtually and physically at very low fixed costs and near-zero marginal cost in localities and regions that stretch around the world”. (...) The Third revolution digital infrastructure needed to be governed and accessed as public open-source commons.”, 42.

Non a caso, dopo aver spinto, per anni, la privatizzazione di interventi strategici dell'economia, vi è chi sta ipotizzando di riconfigurare l'intervento pubblico come catalizzatore dell'attività di impresa³³.

Certo è che, in una situazione di crisi economica come quella che si sta profilando in Europa e nel mondo, è realistico immaginare che i soggetti pubblici tornino a riprendere un ruolo di primo piano nello sviluppo economico del Paese, ponendosi al centro di un ecosistema che produca valore pubblico forgiando un nuovo patto con le libertà economiche.

Senza che si rinunci ai principi propri dello Stato liberale e affermando con decisioni la libertà di iniziativa economica privata, sembra potersi prefigurare uno spazio adatto per un ruolo rinnovato della soggettività pubblica nell'economia, che è lo spazio dell'innovazione.

Le sfide tecnologiche, le opportunità per l'economia e per il lavoro che si vedono all'orizzonte, i rischi di aggressione a fondamentali diritti della persona, l'enorme quantità di dati legati all'*Internet of things* rendono propizio questo tempo per una robusta ricostruzione dell'impresa pubblica, come categoria economica e giuridica strategicamente connotata, che agisca in promozione dello sviluppo dei territori verso valori universalmente condivisi (come la sostenibilità sociale ed economica) e con *standard* sempre più elevati, frutto del continuo confronto politico e della contaminazione con esperienze straniere.

La riconfigurazione a cui si allude è auspicabile e coerente con lo scenario nuovo della *sharing economy*, che vede consolidarsi nuove strutture in cui il paradigma del mercato tradizionale, basato su costi e profitti, è superato dal rapporto (non più tra domanda e offerta, ma) tra fornitori e utenti di servizi a bassa marginalità e basso costo. Nell'ambito della *sharing economy*, lo scambio di servizi richiede, a monte, cospicui investimenti strategici e infrastrutturali che potrebbero essere affrontati al meglio e con accesso aperto a tutti grazie ad un massiccio intervento pubblico, che favorisca il terreno della libertà di iniziativa economica privata.

Perché ciò accada e per evitare che la vulgata comune che si leva in favore di una maggiore presenza dello Stato (più che dei pubblici poteri) nell'economia si risolvano in un passo (indietro) verso una nuova forma di dirigismo e in una compressione della libertà di iniziativa economica privata è essenziale che vengano condivise le regole del gioco e che il piano dell'impresa pubblica sia affidato a documenti strategici preliminari, oggetto di discussione e confronto democratico e che le ragioni dell'intervento pubblico, generali e particolari, siano declinate con riferimento sia al singolo intervento sia al quadro complessivo.

³³ M. MAZZUCATTO, *Stato catalizzatore, non assistenzialista*, il Sole 24 ore, 16 luglio 2020: "Non bisogna dimenticare che se da un lato è giusto criticare certe inefficienze dell'amministrazione pubblica, talvolta è opportuno sottolineare quanto sia inerente al privato, senza la guida di uno Stato "imprenditore" nel co-investire e ridurre l'incertezza".

6. Conclusioni: l'*in house providing* oltre il prisma della concorrenza.

Se, come si è cercato di illustrare, nel momento storico attuale l'impresa pubblica potrebbe essere di supporto alla *sharing economy*, recuperando nuova *verve* facendosi portatrice di innovazione, la residualità dell'*in house providing* appare un passaggio da rimeditare.

Con l'*in house*, secondo le logiche dell'attività amministrativa in forma privata, gli enti pubblici ottemperano ad una missione di interesse generale, nell'ambito delle proprie competenze³⁴. Non a caso l'*in house providing* – in quanto attività amministrativa in forma privatistica – ha trovato la sua massima espansione nel campo della gestione dei pubblici servizi³⁵.

Alla base della sopravvivenza o meno dell'*in house providing* non c'è solo un problema di tensione e potenziale conflitto tra pubblico e privato nell'economia, ma c'è anche una valutazione sull'opportunità di mantenere operante, a supporto del mercato, dell'industria e dell'economia, un intervento pubblico strategico, concepito e strutturato per apportare innovazione e sperimentazione, a beneficio (soprattutto) e a supporto (anche) della libertà di iniziativa economica privata.

Analizzando gli interventi normativi in tema di società a partecipazione pubblica, abbiamo ricordato che sono riconducibili principalmente a due intenzioni: quello di favorire la liberalizzazione e la concorrenza e quello di ridurre il controllo spesa pubblica. Attualmente, a queste forze che esercitano una spinta forte per l'abbandono dell'impresa pubblica, se ne contrappongono altre, che inducono a ripensare l'utilizzo sistematico dell'impresa pubblica, come possibile conseguenza di analisi strategiche e di valutazioni di politica industriale, a livello possibilmente sovranazionale, che siano poi riassunte in strategie di pubblico dominio.

Ove si optasse per una nuova era dell'impresa pubblica, intesa come iniziativa organizzativa coraggiosa, diretta allo sviluppo e all'innovazione, bisognerebbe anche essere pronti ad ammettere l'introduzione di misurazioni dei risultati in termini di valore sociale ed industriale, non solo in termini strettamente economici e bisognerebbe accettare che il fallimento dell'impresa pubblica non è tanto che sia inefficiente o produca perdite, ma che non sappia apportare valore pubblico e non sappia innovare, in termini ambientali, sociali, economici.

³⁴ Che la gestione *in house* non costituisca esercizio di attività di impresa in forma pubblica lo ha chiarito presto la Corte Costituzionale, in particolare con le sentenze 1° agosto 2008, n. 326, 8 maggio 2009, n. 148 e 23 luglio 2013, n. 229, distinguendo l'attività amministrativa in forma privatistica, posta in essere dalle società strumentali che operano in favore di soggetti pubblici (ivi incluse le società *in house*), dall'attività di impresa degli enti pubblici propriamente detta. Se si vuole, in argomento, S. VALAGUZZA, *L'attività di impresa degli enti pubblici*, cit., 83 ss.

³⁵ Come ci ricorda, F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali*, cit., 594.



Non c'è peggiore impresa pubblica di quella che scoraggia l'iniziativa privata. La migliore impresa pubblica si realizza se si insegna il progresso, essendo fonte di ispirazione per tutti gli operatori del mercato.