

MAURIZIO CAFAGNO
AUTOPRODUZIONE ED ESTERNALIZZAZIONE NEI SERVIZI PUBBLICI

Varenna, 23 settembre 2016

1. Introduzione: l'oggetto della riflessione; 2. Autorganizzazione amministrativa e disciplina europea dei contratti pubblici: il dato sistematico; 3. Il dato funzionale: dalla difesa all'emulazione delle dinamiche concorrenziali; 4. Segue: dall'efficienza all'efficacia della gara; 5. Autorganizzazione amministrativa e disciplina europea dell'impresa: un rovesciamento di prospettiva; 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: l'oggetto della riflessione

L'argomento che mi è stato assegnato è ampio e controverso e, per giunta, passibile di declinazioni differenti all'interno di una varietà di discipline settoriali, specialistiche e spesso congestionate e oppresse dall'inquieto succedersi delle modifiche e dei ripensamenti legislativi ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La letteratura in materia di pubblici servizi e loro modelli di gestione è notoriamente ricca; limitando questa nota ad una prima indicazione minima, riguardante lavori di taglio non settoriale: AA.VV., *I servizi pubblici locali Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, a cura di M. BIANCO, P. SESTITO, Il Mulino, 2010; AA.VV., *Società pubbliche e servizi locali*, a cura di A. VIGNERI E M. SEBASTIANI, Astrid, Maggioli, 2016; L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2009, p. 355 ss.; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23-bis del d.l. 112/2008, Urbanistica e appalti*, 2009, 6, p. 741 ss.; G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA Napoli, 2010, 515; ID, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, II, Bologna, 2005, 156 e ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. SPASIANO, Editoriale scientifica, 2012, p. 123 ss.; D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, *Foro Amministrativo - C.d.S.*, f.4, 2008, p. 1158 ss.; V. VINCENZO CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, *Giur. Cost.*, fasc.4, 2012, p. 2900 ss.; M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, 1998, 181 ss.; Id., *Società di mercato e quasi - amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 253 ss. G. CORSO, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2007, 2, p. 279 ss.; M. DUGATO, *Le società a*

A complicare gli interrogativi concorre poi l'eterogeneità delle situazioni di vita, oltre che dei comparti normativi, la frammentazione dei modelli di gestione dei pubblici servizi esistenti, per tipologia e dimensione, il variabile livello di avanzamento nei processi di razionalizzazione della domanda e dell'offerta, al nord e al sud, favoriti o prescritti dalla più recente legislazione nello sforzo di contenere la spesa pubblica, di animare più lungimiranti disegni di politica industriale, di incoraggiare investimenti privati, di fronteggiare l'urgente fabbisogno di interventi infrastrutturali.

partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società, in AA.VV., *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, a cura di M. DUGATO - F. MASTRAGOSTINO, Bologna, 2014, p. 213; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, *Federalismi*, 14/2016, www.federalismi.it; ID., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.* 2011, V, p. 106 ss.; R. FAZIOLI, *Economia delle public Utilities*, libreriauniversitaria.it ed., 2013; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.1, 2007, p. 1 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2010; C. GIANFELICI, *I servizi pubblici locali in outsourcing*, Franco Angeli, 2008; M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2013, p. 279 ss.; M. GRILLO, *Liberalizzazione e promozione della concorrenza nei settori dei servizi: una analisi dei provvedimenti contenuti nel decreto "Bersani" del 4 luglio 2006 n. 223*, *Economia e politica industriale* n. 4, 2006, p. 157 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 6, p. 632 ss.; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2015; F. MERUSI, *Servizio Pubblico*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XVII, Torino, 1970, 22; ID. *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.* 2010, p. 313 ss.; ID., *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall'Unità d'Italia*, in AA.VV. *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, cit., p. 185 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2009; G. PERICU, *Privatizzazione e servizio pubblico*, in *Scritti scelti*, Giuffrè, 2009, p. 833 ss.; ID., *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in AA. VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Giappichelli, 2010, p. 43 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2006, 5527 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; W. SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge University Press, 2015; P. RANCI, *Nazionalizzazioni, privatizzazioni e concorrenza: materia per una costituzione?*, *rivista internazionale di scienze sociali*, 2006, n.1-2, p. 301 ss.; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, *Federalismi*, n. 8/2016, <http://www.federalismi.it>; G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 371 ss.; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, 371; ID., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2003, 2, p. 337 ss.; ID., *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in AA. VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 10 ss.; ID., *Le aziende speciali e le istituzioni*, *Dir. amm.* 1996, f. 2, p. 615 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 5, p. 1062 ss.; ID., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15 ss.; A. VIGNERI, *Il punto sui servizi pubblici locali dopo gli interventi legislativi del 2011 e 2012*, *Argomenti*, 34/2012, p. 37 ss.; R. VILLATA R., *Pubblici Servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008 (5ª ediz.).

In una prospettiva originale e promettente, che focalizza l'attenzione sulle opportunità di autoproduzione comunitaria dei servizi pubblici, in stretta correlazione col tema dei *commons*, come terza via, sulle orme del pensiero di E. Ostrom, tra pubblicizzazione e privatizzazione, che con rammarico non ho potuto qui indagare, per inevitabili limiti di spazio, L. SACCONI, S. OTTONE, *Beni comuni e cooperazione*, Il Mulino 2015; ivi, in particolare, L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance cooperativa dei servizi pubblici locali*, p. 175 ss.; P. A. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, p. 215 ss.; P. RANCI, *Beni comuni e cooperazione vanno bene insieme ?* p. 235 ss.; F. DENOZZA, *La società cooperativa e il problema degli strumenti istituzionali per la gestione dei beni comuni*, p. 245 ss.; M. GRILLO, *Servizi pubblici locali e beni comuni*, p. 245 ss.

Come se non bastasse, il tema intercetta contemporaneamente almeno tre grandi linee di riforma, che impegnano distinte sessioni del convegno ⁽²⁾.

Rinunciando alla pretesa velleitaria di condurre un'analisi completa, mi è parso dunque necessario compiere una scelta di campo, inevitabilmente destinata a focalizzare l'attenzione sul singolo tassello di un mosaico notevolmente più vasto e complesso.

Data la collocazione della relazione, la preferenza è caduta sullo schema di Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, in corso di approvazione ⁽³⁾.

La bozza include norme generali in materia di affidamento che – a differenza delle previsioni in tema di gestione – sono state ideate per prevalere su quelle di settore.

Più precisamente, intendo concentrarmi sulla questione di fondo cui parrebbe tornare l'art. 7 comma 3 del decreto in itinere, nel delimitare la discrezionalità concessa all'amministrazione in funzione della scelta tra affidamento per gara e conduzione in house ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Il codice dei contratti, attuativo delle nuove direttive in materia di appalti e concessioni, approvato con D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, approvato col D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, la revisione della disciplina dei servizi pubblici locali al momento in itinere, ai sensi dell'art. 19 della legge Madia.

⁽³⁾ Lo schema di decreto è al momento visionabile all'indirizzo <http://www.promopa.it>

⁽⁴⁾ In materia di affidamenti in house, per il momento bastino i seguenti richiami: L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, Cons. Stato Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 6, p. 787 ss.; A. BARTOLINI, *Società in house providing. prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella DIR. 2014/24/UE: il caso Cineca*, in *Giur. It.*, 2015, 8-9, p. 1976 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I servizi pubblici*, cit., p. 123 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*, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, f.5, 2014, p. 991 ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 1, 2006, p. 51 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2008, p. 338 ss.; G. COCCO, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 5 luglio 2013, www.dirittodeiservizipubblici.it; C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, novembre 2014, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Servizi pubblici locali ed evoluzione giurisprudenziale: quale futuro per il modello societario?*, *Corriere Merito*, 2005, 12, p. 1329 ss.; G. CORSO, G. FARES, *Il crepuscolo dell'in house?* *Foro It.*, 2009, parte I, col. 1319 ss., a commento di Corte Cost. 23.12.2008, n. 439; V. DI FRANCESCA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, *Dir. Industriale*, 2008, 1, p. 31 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, *Riv. notariato*, fasc.4, 2009, p. 897 ss.; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Ec.*, 2, 2012, p. 243 ss.; D. U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, fasc.1, 2016, p. 371 ss.; D. U. GALETTA, H. C.H. HOFMANN, O. M. PUIGPELAT, J. ZILLER, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la spacciatività del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, fasc. 1, 2016, p. 259 ss.; M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2013, p. 279 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 6, 2000, p. 1461 ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1, 2005, p. 61 ss.; C. IAIONE, *Le società in house. Contributo al principio di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, *Jovene*, 2012; C. IBBA, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, p. 10511 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'art. 4, d.l. n. 138/2011*, *Federalismi.it*, n. 22/2011, www.federalismi.it; ID., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, *Contratto e Impr.*, 2008, 6, p. 1201 ss.; P. PATRITO, *Autoproduzione ed esternalizzazione: questioni vecchie e nuove*, *Urbanistica e appalti*, 2016, 7, p. 835 ss.; E. ROLANDO, *Gestione dei servizi*

La decisione relativa al modello gestionale, nell'economia dell'emanando decreto, si situa a valle di una sequenza di operazioni logiche che conviene preliminarmente schematizzare, molto in breve, anche ai fini di un'opportuna regolazione dei confini, rispetto agli argomenti che impegneranno gli interventi successivi.

L'art. 5 dello schema assegna a comuni e città metropolitane il compito di individuare le attività di interesse economico generale passibili di essere qualificate pubblico servizio⁽⁵⁾.

Il comma 2 dell'articolo vuole che l'individuazione dei servizi pubblici (ulteriori a quelli già classificati come tali dalla legge)⁽⁶⁾ poggi sull'accertamento di una condizione di insufficienza del mercato, cioè sulla constatazione che le prestazioni occorrenti non siano fornite e non possano essere fornite in regime di mercato, alle condizioni giudicate politicamente desiderabili⁽⁷⁾.

Nello stadio successivo, l'art. 6 dello schema invita le amministrazioni a valutare se gli obiettivi di interesse generale a fondamento dell'atto di individuazione regolato dall'articolo precedente siano perseguibili, nell'ordine: a) mediante l'imposizione generalizzata di obblighi di servizio pubblico, a carico delle imprese che popolano il mercato di riferimento, b) assegnando agli utenti vantaggi economici o titoli alla fruizione del servizio, ovvero, c) mediante l'attribuzione selettiva dell'obbligo di servizio pubblico, gravando uno o più operatori economici⁽⁸⁾.

pubblici locali: affidamento "in house" o procedura ad evidenza pubblica? La scelta degli enti locali, Giur. It., 2006, p. 11 ss.; A. ROMANO TASSONE, La società in house e la sua complessa disciplina, in AA.VV., Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione, cit., p. 229 ss.; M. G. ROVERSI MONACO, I caratteri delle gestioni in house, in Gior. dir. amm., 12, 2006, p. 1371 ss.; R., RUSSO, L'immediata applicabilità dell'in house? Riv.it. dir. pubbl comunitario, f.1, 2016, p. 115 ss.; E. SCOTTI, Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato, Dir. amm., f.4, 2005, p. 915 ss.; G. SORICELLI, Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing, Napoli, 2008; F. STROCCHIA, Condizioni di legittimità e problematiche degli affidamenti in-house di servizi pubblici locali, Azienditalia - Fin. e Trib., 2008, 11, 620; R. Ursi, Il gioco del monopolio e i servizi pubblici locali, Foro amm. CDS, f.2, 2010, p. 466 ss.; C. VOLPE, L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale, in Giustamm.it, 3, 2014; ID, Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing, problemi vecchi e nuovi, 2015, <https://www.giustizia-amministrativa.it>

⁽⁵⁾ In funzione della "soddisfazione dei bisogni delle comunità locali in condizioni di paritaria accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale".

⁽⁶⁾ L'inciso restringe non poco il potenziale innovativo della disposizione.

⁽⁷⁾ Per facilità di consultazione, considerato che lo schema non si è ancora tradotto in atto normativo ufficiale, si riporta il testo dell'ipotesi di norma; il comma 2 dell'art. 5 prevede, letteralmente, che "l'individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, diversi da quelli già previsti dalla legge, è effettuata previa verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio".

Per un ordine di considerazioni in sintonia con l'impianto sposato dall'articolo, M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit., p. 44

⁽⁸⁾ La norma, intitolata "Modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico", più precisamente prescrive:

"1. Sulla base dei principi di cui all'articolo 4, l'amministrazione valuta se il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico in relazione al servizio pubblico locale di interesse economico generale possa essere assicurato mediante:

a) l'imposizione, ove consentito dall'ordinamento vigente e secondo le modalità da esso previste, di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato;

In quest'ultima ipotesi, l'articolo 7 offre all'amministrazione la facoltà di scegliere tra a) affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, b) affidamento a società mista, il cui socio privato sia selezionato con gara a doppio oggetto, c) affidamento in house d) gestione in economia o azienda speciale, ove non siano in gioco servizi a rete.

Il comma 2 dell'art. 7 vuole che ciascuna opzione sia congruamente giustificata⁽⁹⁾, ma i commi seguenti - ed arriviamo al punto che qui interessa - addossano obblighi istruttori e motivazionali molto severi all'amministrazione intenzionata ad avvalersi della prerogativa dell'autorganizzazione⁽¹⁰⁾.

Per quanto è dato ricavare da pareri e commenti ufficiali, nel corso del dibattito che ha sinora accompagnato la redazione dell'art. 7 sono emerse visioni e valutazioni antitetiche.

Focalizzando esemplificativamente l'attenzione su alcune autorevoli prese di posizione di segno diverso, un giudizio molto positivo è stato espresso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'audizione parlamentare tenutasi lo scorso 13 luglio, presso le commissioni congiunte I e V della Camera dei Deputati⁽¹¹⁾.

b) il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli da utilizzare per la fruizione del servizio;
c) l'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a carico di uno o più operatori economici individuati secondo le modalità di cui all'articolo 7"

⁽⁹⁾ Il comma specifica che "al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui al presente decreto, la scelta della modalità di gestione del servizio è effettuata con provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta. Il provvedimento definisce, in relazione alle caratteristiche del mercato, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e la loro durata, la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti e descrive il sistema di compensazione, se previsto, indicando i parametri per il calcolo, il controllo e l'eventuale revisione della compensazione, nonché le modalità per evitare ed eventualmente recuperare le sovracompensazioni"

⁽¹⁰⁾ Ai sensi del comma 3 dell'art. 7, "nel caso di affidamento in house o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato c, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard di cui al comma 2 dell'articolo 15, 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. Laddove non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, il provvedimento è motivato anche in ordine all'eventuale impossibilità di procedere mediante suddivisione in lotti nel rispetto della disciplina dell'Unione europea, al fine di consentire fattività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa".

Il comma 4 aggiunge che "per i servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete, il provvedimento di cui al comma 3 contiene, altresì, un piano economico-finanziario con la proiezione, per l'intero periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti e deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 10 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966. Nell'ipotesi di affidamento in house di tali servizi, il piano economico-finanziario deve, inoltre, specificare l'assetto economico-patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare dell'indebitamento, da aggiornare ogni triennio"

Il comma 5 dell'art. 7, infine, prevede che "prima dell'adozione del provvedimento di cui al comma 3, l'amministrazione invia lo schema di atto deliberativo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che esprime un parere entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione dello stesso. L'Autorità può chiedere, per una sola volta, chiarimenti all'amministrazione pubblica interessata, con conseguente interruzione del termine. Il provvedimento finale deve essere analiticamente motivato con specifico riferimento ai rilievi formulati dall'Autorità".

⁽¹¹⁾ www.agcm.it/component/joomdoc/audizioni-parlamentari/Audizione-0160715.pdf/download.html

La relazione dell'Autorità - dopo aver esordito con l'evocazione dell'inquietante scenario descritto dal rapporto della Corte dei Conti per l'anno 2015 su "gli organismi partecipati degli enti territoriali" ⁽¹²⁾ - nel commentare in particolare le disposizioni in tema di "assunzione e gestione dei servizi", ha osservato che "il Titolo II rappresenta senz'altro il cuore dello schema di Testo Unico" e che, all'interno del Titolo II, "l'articolo 7, che si occupa delle modalità di gestione del servizio, rappresenta una norma cardine dell'intero impianto normativo".

Secondo l'AGCM, la disposizione in itinere, in linea con l'impostazione comunitaria, sancisce un criterio di parità delle forme gestionali da essa contemplate e, grazie alla ratifica di un "principio di libertà di organizzazione del servizio", allontana il sospetto di "eventuali profili di incostituzionalità", nonostante il peso gravante sulle spalle del modello in house.

Al polo opposto si colloca - tra le varie opinioni dissenzienti - il parere espresso dalle Regioni e dalle Province autonome nella Conferenza Unificata del 12 maggio u.s. ⁽¹³⁾, che ha viceversa criticato "l'estrema difficoltà operativa" cui si vede costretto il ricorso all'in house o all'azienda speciale, ai sensi dell'art. 7 c. 3.

La norma in itinere sarebbe fuorviata, secondo il parere della Conferenza, dalla perpetuazione di un'immotivata posizione di sfavore per il modello dell'autoproduzione pubblica, che andrebbe invece subordinato alla mera osservanza dei presupposti contemplati dall'ordinamento europeo e dal codice dei contratti ⁽¹⁴⁾, secondo

⁽¹²⁾ Sezione Autonomie, deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FRG; il documento, redatto ai fini del referto al Parlamento, ex art. 7, co. 7, l. 5 giugno 2003, n. 131, ha dato atto - sulla scorta di un'indagine che ha interessato 4.935 organismi - che, su un totale di 26.324 rapporti esaminati, quelli costituiti tramite "gara con impresa terza risultano (...) soltanto 90, mentre gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, si sono limitati a 366 casi"; cfr. p. 41 della relazione, che rimanda alla tabella 12, recante apposita sezione dedicata ai servizi pubblici locali, qui di seguito riportata, per comodità di consultazione.

Tab. 12 - Servizi affidati agli organismi partecipati osservati* distinti per modalità di affidamento dei servizi

SERVIZIO AFFIDATO	Affidamento con gara a impresa terza	Affidamento con gara a doppio oggetto a società mista	Affidamento diretto in house a capitale pubblico totalitario	Affidamento diretto a società miste in base a normativa antecedente	Altra forma di affidamento/altre forme di rapporto con l'ente	Totale
Fornitura di acqua; reti fognarie, attività di gestione dei rifiuti e risanamento	15	160	1.225	4.239	3.684	9.323
Fornitura di energia elettrica, gas, vapore e aria condizionata	21	31	180	642	625	1.499
Trasporto e magazzinaggio	26	72	224	681	682	1.685
Sanità e assistenza sociale	3	10	140	298	1.195	1.646
TOTALE SPL	65	273	1.769	5.860	6.186	14.153

Sono numeri che colpiscono, insieme alle cifre che, nelle pagine seguenti del resoconto, misurano i risultati gestionali. Tra le analisi delle criticità dell'azionariato pubblico, col corredo di dati e informazioni, D. AGUS, S. DEL GATTO, S. SCREPANTI, *Il capitalismo municipale*, Rapporto (n. 1/2012) dell'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione, IRPA, curato da G. NAPOLITANO, al momento consultabile all'indirizzo <http://www.irpa.eu/pubblicazioni-irpa/rapporti-irpa/rapporto-irpa-n-12012-il-capitalismo-municipale/>

⁽¹³⁾ Visionabile al seguente indirizzo: <http://www.regioni.it/download/conferenze/458670/>

⁽¹⁴⁾ Oggetto di critica è anche la durata degli affidamenti in house, che l'art. 8 dello schema limita, per i servizi differenti da quelli a rete, alla durata massima di 5 anni. Secondo la Conferenza "il termine appare irragionevole alla luce della procedura prevista per gli affidamenti in house e del fatto che uno stesso termine viene riferito a tipologie, potenzialmente molto diversificate, di servizi".

Seguono, nel testo del parere, le proposte di emendamento dell'art. 7, aventi "la finalità di evitare la sproporzionata penalizzazione dell'affidamento in house di un servizio di interesse economico generale contenuta nelle disposizioni che, introducendo una specifica e complessa procedura relativa alla prova del fallimento del mercato, di fatto ripristinano le norme di cui all'articolo 4 del dl 138/2011, decadute a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012".

L'indicazione emersa dalla consultazione referendaria che, nel 2011, ha decretato l'abrogazione dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008 ⁽¹⁵⁾.

A giudizio della Conferenza, poiché in house e azienda speciale “sono possibili solo se l'ente dimostra che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa rispetto ai costi standard del servizio definiti dalle Autorità indipendenti (articolo 15 comma 2), ritorna - in modo diverso ma ugualmente complesso - la prova ‘diabolica’ del fallimento del mercato, che deve essere esplicitato nelle ‘ragioni del mancato ricorso al mercato’ ed anche della mancata divisione in lotti”.

Circoscrivendo l'antologica ricerca di opinioni simili agli stadi più recenti della discussione dello schema di decreto, vale la pena di segnalare che critiche analoghe o persino più aspre sono contenute nelle osservazioni rassegnate alla 1° Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato, nella seduta n. 413 dello scorso 26 luglio ⁽¹⁶⁾, da ANCI ⁽¹⁷⁾, da Utilitalia ⁽¹⁸⁾, dal Forum italiano dei movimenti per l'acqua ⁽¹⁹⁾ da CGL, CISL, UIL, UGL.

In breve, uno dei cardini attorno ai quali ruota il divario di opinioni sull'art. 7 resta la differente interpretazione dei vincoli europei e degli esiti referendari, espressamente rievocati dall'art. 19 lett. c. 1 lett. c) della legge Madia ⁽²⁰⁾.

L'organizzazione del ragionamento deve dunque far capo alle coordinate europee.

2. Autoproduzione pubblica e norme europee su appalti e concessioni: il dato sistematico

L'esemplificativa rassegna dei contrastanti giudizi ripresi nel paragrafo introduttivo permette, con qualche semplificazione, resa tollerabile dal taglio preparatorio del

⁽¹⁵⁾ A commento della norma, L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis*, cit.

⁽¹⁶⁾ I documenti sono pubblicati sul sito del Senato, “Atto del Governo n. 308”, all'indirizzo <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/docnonleg/32588.htm>

⁽¹⁷⁾ Che, riprendendo i rilievi contrari della Conferenza, reputa che la procedura concreti “una disciplina di sfavore nei confronti di un modello di gestione del servizio pubblico di interesse economico generale che lo stesso legislatore invece ritiene pienamente legittimo se rispettoso dei principi dettati dall'ordinamento comunitario e del codice dei contratti”.

⁽¹⁸⁾ Utilitalia, nata nel 2015 dalla fusione di Federutility e Federambiente, ha espresso l'avviso che “la disciplina tratteggiata dal TU con riferimento alle società in house non appare pienamente in linea con il quadro comunitario in materia, né con le recenti Direttive appalti e concessioni (recepite dal D. Lgs. 50/2016). In particolare, si rinvencono alcune disposizioni che sembrerebbero presentare profili di contrasto con il c.d. divieto di ‘gold plating’, inserito nell'ordinamento nazionale dall'articolo 14 della legge 246/2005, che vieta al legislatore italiano di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie. L'articolo 7 (...) rende molto più complesso il ricorso all'istituto dell'in house discostandosi dalla normativa di matrice europea”

⁽¹⁹⁾ Secondo il quale gli ostacoli frapposti all'autoproduzione pubblica si prestano ad entrare in conflitto anche con la legge delega.

⁽²⁰⁾ L'art. 19, c. 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, enumerando i criteri direttivi della delega, prescrive, alla lettera c), “l'individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee; con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011”.

discorso, di isolare le due linee di pensiero speculari che, fronteggiandosi, definiscono l'intervallo delle possibilità di lettura critica dell'art 7 del TU.

Da un lato si colloca la tesi secondo cui il responso referendario, col suo rinvio alla disciplina europea, non permette di assoggettare il ricorso all'autoproduzione pubblica ad alcun vincolo aggiuntivo ai requisiti prescritti dalle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni ⁽²¹⁾.

All'estremo opposto si situa la tesi secondo cui – dato che l'in house integra per sua natura uno scostamento dalle norme protettive della concorrenza - il diritto europeo non ostacola affatto l'adozione di regimi nazionali più restrittivi ⁽²²⁾.

Nessuna delle due tesi mi pare immune da critica.

Muoverò dall'analisi della seconda posizione.

Il caposaldo sul quale essa poggia è ben condensato nella motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 2010 ⁽²³⁾.

Secondo questa pronuncia il diritto europeo autorizza l'impiego del modello in house “nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una

⁽²¹⁾ Trattasi dell'opinione, poco sopra riportata, della Conferenza delle Regioni e delle Provincie autonome, di ANCI, di Utilitalia, dal Forum italiano dei movimenti per l'acqua, delle associazioni sindacali.

⁽²²⁾ La giurisprudenza amministrativa sul punto è divisa. Vi sono pronunce che, partendo dalla premessa che l'in house sia un modello gestionale equoordinato alle alternative, hanno reputato che la scelta di farne uso dovesse attenersi agli ordinari criteri di corretto esercizio della discrezionalità, comprovando “una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, l'individuazione del modello più efficiente ed economico, l'adeguata istruttoria e motivazione”; così, tra gli esempi, T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11.6.2013, n. 558; si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 762/2013.

Altre pronunce, anche recenti, hanno espresso un diverso avviso; ad es. Consiglio di Stato, Sez. III, 7/5/2015 n. 2291 – in linea con il precedente dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008 (punto 8 della motivazione in part.) – ha affermato che l'istituto dell'in house providing integra, “prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario”, sicché “l'esistenza di una disciplina normativa che consente l'affidamento diretto a livello comunitario non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti”; la sentenza è pubblicata sulla rivista online *Diritto dei servizi pubblici*, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>, con note critiche di L. MANASSERO, *Vietati gli affidamenti in house alle società strumentali*?, giugno 2015; decisamente in linea col precedente del 2010, da ultimo, Corte Costituzionale, sentenza 12.3.2015 n. 32; per un'analisi aggiornata dei divergenti indirizzi giurisprudenziali, E. GENTILE, *L'in house providing come modalità ordinaria di gestione dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro Amm.*, (II), fasc. 4, 2015, p. 1086 ss., con rimandi ivi.

⁽²³⁾ Sottoposta ad una persuasiva analisi critica, che sarà ripresa nel corso della riflessione, da 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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, 5, p. 723 ss.; si vedano anche, adesivamente, M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia, Il diritto dell'economia*, 2016, vol. 29, p. 57 ss.; a commento della sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2010 e 199/2012, tra i molti, A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.p.a. in house e alle aziende speciali*, in www.federalismi.it; M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, *Riv. trim.dir. pubbl.*, fasc.1, 2014, p. 133 ss.; L. R. PERFETTI, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione alle aspettative degli utenti*, *Giur. It.*, 2013, 3, p. 678 ss.; V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa public local services management, public resources safeguard and cost containment*, *Foro amm. TAR*, fasc.1, 2013, p. 385 ss.

gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)»⁽²⁴⁾.

In altre parole, presumendo che il ricorso all'autoproduzione pubblica confligga con i canoni generali a salvaguardia del mercato, per il fatto stesso di sottrarre l'affidamento del servizio all'esperimento di una procedura concorsuale, la sentenza della Corte ha relegato l'ambito operativo dell'istituto allo spazio delle eccezioni ammesse dal paragrafo 2 dell'art. 106 del TFUE⁽²⁵⁾.

Anche il recente parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto⁽²⁶⁾ parrebbe aver aderito all'impostazione, nella parte in cui, ponendo a confronto la bozza con la disciplina europea, ha ribadito appunto che “*la normativa comunitaria (art. 106 del*

⁽²⁴⁾ Corsivo aggiunto. Il seguito della motivazione della sentenza ha cura di rammentare che, in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 106 par 2, il diritto europeo “rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un ‘errore manifesto’”.

⁽²⁵⁾ Come opportunamente evidenziato da F. TRIMARCHI BANFI, ult. cit., la pronuncia della Corte n. 199 del 20 luglio 2012 non ha smentito l'impostazione della sentenza n. 325 del 2010, pur avendo cassato l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 per aver riprodotto i contenuti dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008.

Infatti la sentenza n. 199 ha stigmatizzato la pretesa di riedire, con norme tampone, disposizioni abrogate appena l'anno prima, all'esito della consultazione popolare, ma ha valutato il divario tra norma nazionale e disciplina europea secondo gli schemi della giurisprudenza costituzionale precedente, in linea di principio disposta ad ammettere la possibilità di norme interne più restrittive di quelle comunitarie.

Assecondando questa logica limitativa, sia pure tramite il ricorso a disincentivi, piuttosto che ad aperti divieti, l'art. 25, comma 1, lettera a), del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, recante “disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, nel regolare le premialità destinate alle politiche di contenimento dei costi, in materia di servizi pubblici, ha stabilito che “a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111”

Analoga finalità dissuasiva è rintracciabile nei vincoli di bilancio introdotti dalla legge di stabilità del 2015, a carico degli enti locali promotori di affidamenti *in house* di pubblici servizi. L'art. 1 comma 609, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, al dichiarato “fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica” ha apportato alcune modifiche all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. La lett. a) del comma 609 ha previsto, tra di esse, che “nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.”

Critico nei confronti della sentenza della Corte Costituzionale, 20 marzo 2013, n. 46, che ha avallato l'approccio disincentivante della recente legislazione, G. COCCO, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale*, cit; sulle ragioni del passaggio da una politica di divieti ad una politica di dissuasione, si vedano le considerazioni di R. CAMPORESI, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, in *Diritto dei servizi pubblici*, gennaio 2015, <http://www.dirittodeiservizipubblici.it>; sugli esiti referendari, R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 199)*, in *Federalismi.it*, 23/2012; G. BASSI, F. MORETTI, *L'assetto dei servizi pubblici locali dopo i referendum abrogativi una ricostruzione del quadro ordinamentale*, *Azienditalia*, 2011, 8, 1 ss.; I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum - brevi considerazioni a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis l. 133/2008, Urbanistica e appalti*, 2011, 8, p. 899 ss.

⁽²⁶⁾ Parere 3 maggio 2016, n. 1075, reso dalla *Commissione speciale sullo schema di decreto legislativo recante Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*, al momento consultabile all'indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it/>

trattato sul funzionamento dell'Unione europea) ammette la gestione diretta del servizio da parte dell'autorità, quando lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza e di gara ostacoli, in fatto o in diritto, la speciale missione dell'Ente pubblico”.

Non è difficile prendere atto che - partendo dall'assunto che la figura dell'in house trovi il proprio fondamento giustificativo, in punto di principio, nel paragrafo 2 dell'art. 106 del Trattato sul funzionamento – un breve passo è sufficiente per approdare all'epilogo che per fare uso dell'istituto occorra, oltre alla soddisfazione dei presupposti letteralmente contemplati dalle direttive su appalti e concessioni, la dimostrazione di condizioni ostative all'espletamento della missione di interesse generale nel rispetto delle ordinarie regole di concorrenza ⁽²⁷⁾.

L'AGCM, nella recente indagine conoscitiva sulle condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, conclusa lo scorso giugno 2016, parrebbe aver battuto precisamente questa strada, per giungere a conclusioni anche più radicali.

La provenienza e l'attualità del documento suggeriscono qualche breve indugio.

Anche questo recente rapporto dell'Authority ha preso le mosse dal riconoscimento che “la normativa comunitaria (in particolare, l'art. 14 TFUE che rinvia agli artt. 106 e 107 TFUE) consente alle autorità pubbliche un'elevata discrezionalità nel fornire e finanziare i SIEG, permettendo loro di scegliere modalità concorrenziali ('nel' e 'per' il mercato) o l'in house providing o il partenariato pubblico-privato, con l'unico limite dell'errore manifesto”.

“Tuttavia”, si legge nella relazione, “in base ai principi espressi dall'art. 106 TFUE, la gestione dei SIEG deve essere soggetta, in via generale, alle regole del mercato e solo laddove il rispetto dei principi di mercato rischi di compromettere la missione affidata al gestore sono possibili deroghe all'applicazione delle regole in materia di concorrenza” ⁽²⁸⁾

Ne conseguirebbe, secondo il documento, che “l'introduzione di limitazioni alla concorrenza deve essere giustificata da vantaggi oggettivi per la collettività, per cui non basta garantire qualità, continuità, universalità e prezzi accessibili (...) ma si deve perseguire anche la minimizzazione dei costi per la collettività, i quali gravano sia sugli utenti che sui contribuenti della fiscalità generale” ⁽²⁹⁾.

Di qui la conclusione che “è lo stesso ordinamento comunitario a richiedere che, per decidere un affidamento in house, gli enti territoriali debbano motivare sia la rinuncia alla concorrenza 'nel' mercato che quella alla concorrenza 'per' il mercato, confrontando i benefici ed i costi delle diverse alternative, inclusa la possibilità di minimizzare i costi” ⁽³⁰⁾.

A mio avviso il limite del percorso argomentativo sommariamente riprodotto, a partire dal nodo della sentenza n. 325 del 2010 della Corte Costituzionale, sta nel fatto che le conclusioni sono tratte da una premessa controvertibile.

⁽²⁷⁾ In questo senso M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit. p. 31 e ss. e 37 in part.

⁽²⁸⁾ par. 188

⁽²⁹⁾ par. 190

⁽³⁰⁾ La nota n. 140 del rapporto rinvia a M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, in AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI. *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'advisory board*, 2015, pp. 20 e ss., sul quale avremo modo di tornare *infra*

Il diritto europeo non confina affatto l'istituto dell'in house entro lo spazio "anomalo" delle deviazioni dalle comuni regole di concorrenza, tutt'al più tollerabili, come eccezione, sulla scorta di prioritarie istanze pubblicistiche.

Naturalmente può accadere che l'espletamento in house di un servizio di interesse generale abbia modo o necessità di giovare delle esclusioni fruibili ai sensi dell'art. 106 par. 2 del TFUE.

Ma ciò ovviamente non significa che l'appello alle condizioni derogatorie sia imposto dal solo fatto di aver conformato la gestione del servizio allo schema dell'affidamento in house.

Si è giustamente osservato che la rigorosa puntualizzazione normativa e giurisprudenziale dei tratti costitutivi dell'in house non può essere letta come indice di prevenzione nei riguardi dell'istituto o, simmetricamente, di preferenza per soluzioni alternative, essendo animata dal ben diverso scopo di tracciare la linea di confine che segna il passaggio dall'area del rapporto di scambio a quella dell'autorganizzazione, onde moderare incertezze e prevenire elusioni, senza però intaccare la libertà delle amministrazioni di scegliere.

In questo senso l'istituto, lungi dal rappresentare un'eccezione, assolve al compito fisiologico di definire il limite dell'ambito applicativo delle norme, cioè di segnare il confine superato il quale le regole in materia di appalti e concessioni cessano di valere semplicemente perché si dissolve la figura del contratto ⁽³¹⁾.

Le considerazioni dell'attenta dottrina - che proprio criticando il menzionato precedente della Corte Costituzionale, ha messo in evidenza che né gli articoli del Trattato a protezione della concorrenza, né la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia, depongono a favore della consacrazione di un principio di supremazia del metodo della gara, atto a relegare l'alternativa dell'autoproduzione pubblica al ruolo di eccezione ⁽³²⁾ - sono oggi confortate da inequivoche conferme di diritto positivo.

La direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, proclama, nelle norme di apertura, prima ancora di regolamentare in dettaglio le varie fattispecie di autoproduzione, il "*principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*" ⁽³³⁾ il quale statuisce che le amministrazioni "possono

⁽³¹⁾ Tra i molti, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione*, cit.; M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit.

⁽³²⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *op. ult. cit.*, che criticando la sentenza della Corte Cost. 325/2010, osserva: "non si può convenire (...) là dove nella categoria delle regole di concorrenza eventualmente derogabili ex art. 106, c. 2 viene inclusa la «regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica». (...) Il giudice rinvia (...) alla giurisprudenza europea, che viene data per univoca al riguardo; in particolare vengono citate due pronunce su questioni pregiudiziali in tema di gestione in house. Né nell'una né nell'altra sentenza si trovano chiarimenti su ciò che deve intendersi per «regole di concorrenza» ai sensi dell'art. 106, c. 2, TFUE, e neppure vi si trova enunciata la regola della gestione a mezzo di terzi scelti con gara. (...) Le stesse sentenze che la Corte costituzionale cita chiariscono anche che le amministrazioni sono libere di decidere se provvedere al servizio con l'organizzazione propria o ricorrendo a terzi, il che smentisce l'esistenza di una regola europea che prescriva di gestire i servizi a mezzo di terzi scelti con gara".

Si legga anche D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in AA. VV., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 10 ss. e 20 ss.

⁽³³⁾ Principio nella sostanza anticipato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e da importanti documenti interpretativi; si veda, ad esempio, il precedente della Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, secondo cui "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non

liberamente organizzare “ (...) la prestazione dei propri servizi” e, in particolare, “*possono decidere di espletare i loro compiti d’interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni*”⁽³⁴⁾.

Il dato letterale permette un ulteriore riscontro sistematico.

Se davvero l’in house fosse figura destinata a vivere entro il perimetro segnato dal par. 2 dell’art. 106 del TFUE, con conseguente assoggettamento alle condizioni operative ivi previste, sarebbe inevitabile postulare un paradossale difetto costitutivo della direttiva, una strutturale incompletezza della sua disciplina e, in definitiva, un’incomprensibile antinomia tra principi e regole del Trattato e diritto derivato.

Dovremmo in altre parole riconoscere che, pur prefiggendosi la direttiva di regolare precisamente l’affidamento di pubblici servizi, essa avrebbe disciplinato la gestione in house in modo gravemente incompiuto, omettendo di specificare – ad integrazione dei requisiti di proprietà del capitale, controllo analogo e attività prevalente - stringenti e ineludibili presupposti che, in ipotesi, sarebbero discesi dalla corretta applicazione di norme basilari del Trattato⁽³⁵⁾, addirittura esordendo con l’enunciazione di principi di libertà amministrativa che, se la supposizione fosse lecita, risulterebbero svianti e contraddittori.

In definitiva, una valutazione coerente e coordinata delle norme europee sui contratti pubblici indica che gli apparati amministrativi, così come hanno facoltà di appellarsi al mercato, negoziando, sono liberi di optare per l’alternativa di autorganizzarsi, all’occorrenza assumendo le vesti di impresa³⁶.

I due modelli economici e i corrispondenti regimi giuridici - negoziazione e autorganizzazione - restano logicamente e formalmente distinti, nell’ordinamento dell’Unione⁽³⁷⁾.

Il diritto europeo prescrive l’osservanza di vincoli di gara se ed in quanto gli enti pubblici decidano di contrattare, il che per l’appunto non accade quando la bilancia delle preferenze penda dalla parte dell’in house.

Occorre ora notare, preparando il passaggio al prossimo stadio del ragionamento, che i riscontri offerti dall’esame sistematico trovano elementi di conforto nell’analisi sostanziale degli scopi e degli effetti degli istituti.

appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche”; conformi, tra le abbondanti pronunce, Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, in causa C-410/04; Corte di giustizia, Sez. I, 11/1/2005 n. C-26/03. Analoghe posizioni si trovano espresso nella Comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA in tema di *applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*, C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008; per un commento, C. CONTESSA, *L’in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit.

⁽³⁴⁾ Il comma successivo ha cura di precisare che la "direttiva fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico". Il “considerando n. (5) a sua volta premette che la “direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi”.

⁽³⁵⁾ Non occasionalmente, ma ogni volta che si ricorresse all’istituto, stando alla tesi qui sottoposta ad esame critico.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. BROSI, *Perché esistono le burocrazie pubbliche? Elementi per una teoria positiva dell’organizzazione del settore pubblico*, cit.; G. CLERICO, *La fornitura di servizi pubblici locali: make or buy ?*, *Economia e diritto del terziario* n. 3, 2005, p. 768 ss.

⁽³⁷⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, cit.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. Amm.*, 2013, 8-9, p. 855 ss.

La prospettiva funzionale, nell'economia di una riflessione sull'alternativa tra esternalizzazione e autoproduzione, schiude opportunità di approfondimento quasi illimitate, che nello spazio concesso dal resto della breve relazione non si presterebbero nemmeno alla modesta rassegna.

Le considerazioni che seguono si accontenteranno di mostrare che la ponderazione di costi e benefici associabili all'impiego della gara, in funzione del conferimento di titoli all'esercizio di pubblici servizi spesso caratterizzati da condizioni di monopolio naturale, rafforza le perplessità sul pregiudizio, che si vorrebbe connotato al diritto europeo, nei confronti della libertà di autorganizzazione amministrativa ⁽³⁸⁾.

3. Il dato funzionale: dalla difesa all'emulazione delle dinamiche concorrenziali.

Poiché le gare possono tendere ad una pluralità di scopi, le chiavi di lettura utili alla comprensione sono più d'una.

Le direttive sull'aggiudicazione dei pubblici appalti, con accenti tanto più marcati nelle prime versioni, hanno privilegiato una prospettiva che consegna alle procedure concorsuali l'obiettivo primario di proteggere la contrattazione pubblica dai rischi di distorsione associabili alle caratteristiche strutturali e motivazionali della p.a.

Essa si affaccia al mercato come un contraente atipico. La disciplina teme che possa essere sviata dai fisiologici obiettivi di efficienza propri di un normale operatore economico, soprattutto se soggetta a simmetriche attività di influenza e di ricerca delle rendite (39).

Le gare svolgono, in questa logica, un compito di controllo e di contenimento di una libertà valutativa della p.a. e dei rispettivi funzionari che è guardata con sospetto.

Ipotizzando che sarebbe illusorio tentar d'imbrigliare le condotte degli agenti amministrativi mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati contrattuali conseguiti, una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a misura utile a mitigare il pericolo di arbitrii o di faziosità, nella consapevolezza del fatto che le amministrazioni sono pur sempre apparati che manifestano il loro volere attraverso gli atti e i comportamenti dei loro organi e dei loro burocrati.

⁽³⁸⁾ Il prossimo paragrafo riprende e aggiorna considerazioni svolte in M. CAFAGNO, *Lo Stato Banditore*, Milano, Giuffrè, 2001; D. *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2013, p. 991 ss.; ID. *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, 2013, p. 249 ss.; ID. *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee. Il nuovo diritto delle società*, 2014, vol. 21, p. 32 ss.

⁽³⁹⁾ In tema, AA. VV., *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. SORACE, Editoriale scientifica, 2013; AA. VV., *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, a cura di G. A. BENACCHIO G.A., M. COZZIO, Milano, EGEA, 2012; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORTE, Editoriale scientifica, 2011; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1982, p. 317 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, cit., p. 283 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Utet, 2010, p. 29 ss.

La gara previene così discriminazioni supplendo alla presumibile debolezza del controllo postumo - dovuta alle numerose e conosciute asimmetrie informative che penalizzano la persona giuridica, nel rapporto con i suoi agenti – grazie ad una previa e cautelativa imposizione di protocolli decisionali rigidi (40).

Questa visione delle procedure concorsuali ha dominato l'antica disciplina contabile, mentre nelle versioni più recenti delle direttive europee in materia di contratti pubblici ha subito le mitigazioni occorrenti a contemperare istanze cautelative e vincoli di efficienza⁽⁴¹⁾.

Tuttavia seguita a campeggiare l'intento di prevenire disparità, nelle operazioni di scelta delle controparti private, che avrebbero l'effetto di ergere barriere alla libera circolazione e, perciò, alla formazione e al corretto funzionamento di un mercato comune⁽⁴²⁾.

Adottando l'angolo visuale appena descritto diviene facile comprendere perché, quando l'amministrazione acceda al mercato in veste di contraente, l'ordinamento europeo imponga, di regola, un prototipo di negoziazione retto da criteri di trasparenza e par condicio, segregando ad ipotesi marginali e tassative l'utilizzo della più opaca trattativa privata.

Trattasi di un criterio di preferenza che ordina due varianti dello stesso modello di transazione economica: una negoziazione con soggetti terzi, procedimentalizzata, contro una negoziazione con soggetti terzi, incontrollata.

Quando tuttavia si passi al confronto tra esternalizzazione e autoproduzione – cioè ad un paragone non tra forme di negoziazione bensì tra modelli di organizzazione economica qualitativamente diversi - il piano del ragionamento cambia.

Posto che l'affidamento in house integra un fenomeno di autorganizzazione amministrativa e che, in assenza di contrattazione, il pericolo di discriminazioni tra contraenti è scongiurato in radice, l'assunto della superiorità della gara non può che sottintendere funzioni e virtù procedimentali diverse dall'attitudine a prevenire disparità.

In questo secondo caso la gara – facendosi carico di un compito tradizionalmente indagato dalla dottrina economica più che da quella giuridica - si erge a dispositivo di emulazione controllata delle dinamiche competitive, a surrogato di un mercato concorrenziale che, sfruttando l'antagonismo tra i candidati, si prefigge il singolare obiettivo di promuovere “in laboratorio” i suoi stessi risultati, cioè l'allocazione efficiente del titolo in gioco (43).

(40) Cfr. I. RIZZO, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, in *Econ. pubbl.*, 1994, p. 7 ss.

(41) Che spiegano l'accresciuta disponibilità all'utilizzo di schemi procedimentali flessibili, sebbene più esposti al pericolo di manipolazioni; sul tema, che non è possibile in questa sede indagare nella sua complessità, si permetta un rimando ad M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit. *passim*

(42) D. U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri*, cit.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, cit, p. 632 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione*, cit.

(43) In quest'ottica la gara vale dunque a mitigare costi di transazione nascenti dalle asimmetrie informative che interessano il rapporto tra contraenti, contenendo l'opportunistica propensione delle parti a sfruttare eventuali vantaggi conoscitivi, piuttosto che problemi originati dalle asimmetrie ricadenti sul rapporto tra organi e persona giuridica; tra gli abbondanti contributi scientifici che trattano le procedure di gara attingendo a teoria dei giochi e analisi economica, AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, Cambridge University Press, 2006; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. KLEMPERER, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999; P. KLEMPERER,

In altre parole, il passaggio dal ricorso alla gara come strumento per assicurare la protezione della concorrenza “nel” mercato al ricorso alla gara come strumento per assicurare la promozione della concorrenza “per” il mercato reca insito un salto concettuale, indebitamente sottovalutato dal laconico e stereotipato appello al generico primato dei metodi dell’evidenza pubblica, quale che sia il contesto contrattuale di riferimento.

Quando l’amministrazione operi su mercati maturi, in vista del perfezionamento di contratti relativamente comuni, è sensato supporre che il sistema giuridico debba innanzitutto preoccuparsi di evitare che le peculiarità strutturali e motivazionali degli apparati pubblici inquinino una concorrenza che, di suo, già prospera e opera ⁽⁴⁴⁾.

Ma il ricorso alla gara per assegnare titoli allo svolgimento di attività monopolistiche (o comunque soggette a contingentamento) sottintende finalità ben diverse, assai più ambiziose (45).

Non si vuol certo sostenere che siano sbagliate o controvertibili.

L’idea che preme riprendere è, piuttosto, che lo sforzo di riprodurre artificialmente, all’interno del procedimento amministrativo, dinamiche concorrenziali capaci di un’allocazione efficiente delle concessioni di pubblico servizio è parecchio più arduo e impegnativo della semplice difesa delle libertà di circolazione, tanto che il raggiungimento del risultato non può esser dato affatto per scontato.

Introduco questo elemento di riflessione perché penso che – tanto più alla luce del canone di proporzionalità cui si richiama espressamente l’art. 19 c. 1 lett c) della legge delega - la consapevolezza del diverso atteggiarsi del rapporto tra costi e benefici delle procedure concorsuali dovrebbe soccorrere l’interprete, in caso di dubbio, nel compito

What Really Matters in Auction Design, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/>); R. P. MCAFEE E J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. GIERSCH (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, p. 97 ss., consultabile in formato paper all’indirizzo <http://www.ssrn.com/en/>; W. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, 1961, 16(1), p. 8 ss. (lo si veda anche in AA.VV., *The Economic Theory of Auctions*, cit., vol. I contributo n. 2, p. 65 ss.); E. WOLFSTETTER, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, 1995, 10(4), p. 367 ss.; una ricca antologia di utili e pregevoli saggi dottrinali è visionabile all’indirizzo <http://www.market-design.com/library-general.html>.

⁽⁴⁴⁾ P. Klemperer, *What Really Matters in Auction Design*, cit., rimarca che le opzioni sulla struttura dei procedimenti non sono davvero cruciali, nelle aree economiche che ospitano un cospicuo numero di operatori pronti a competere ed a negoziare.

(45) In tema di concorrenza per il mercato, tra i numerosi scritti, H. DEMSETZ, *Esistono ragioni per regolamentare il settore dei servizi di pubblica utilità?* (trad. di *Why Regulate Utilities?*, *The Journal of Law and Economics*, 1968, 11, p. 55 ss.) in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. GRILLO, M. COSSUTTA, Il Mulino, 1997, p. 191 ss.; Ivi anche V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati*, p. 342 ss., R. POSNER, *Teorie della regolamentazione economica*, p. 309 ss., E. CHADWICK, *Esiti di diversi principi legislativi e amministrativi in Europa; della concorrenza per il settore, in confronto alla concorrenza all’interno del settore, nel campo dei servizi*, p. 185 ss.; O. E. WILLIAMSON, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, (trad. *Franchise Bidding for Natural Monopolies – In General and With Respect to CATV*, in *The Bell Journal of Economics*, 1976, 7, p. 73 ss.), in *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, cit., p. 485 ss.; G. PRIEST, *The Origins of Utility Regulation and the Theories of Regulation Debate*, in *Journal of Law and Economics*, 1993, vol. 26, p. 289 ss; sulla teoria generale dei mercati contendibili, v. W. J. BAUMOL, J. C PANZAR, R. D WILLIG, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, cit, *passim*; M. GRILLO, F. SILVA, *Impresa, concorrenza e organizzazione*, cit., p. 229 ss.; K. E. TRAIN, *Optimal Regulation, The economic Theory of Natural Monopoly*, cit., p. 299 ss.

di decifrare le norme che regolano la comparazione tra esternalizzazione e autoproduzione.

In questa logica, un primo ordine di difficoltà sul quale vorrei richiamare l'attenzione concerne il disegno dei procedimenti selettivi.

Non ho la pretesa velleitaria di riassumere ora, in poche parole, la ricca e complessa produzione scientifica dedicata all'argomento del disegno di aste efficienti, tuttavia penso che anche l'enunciativo e telegrafico richiamo di alcuni suoi capisaldi, col corredo di opportuni rimandi bibliografici, valga perlomeno a facilitare una percezione generale della natura del problema.

Tra le acquisizioni teoriche di maggior interesse, ai fini del ragionamento in corso, è la dimostrazione, basata sull'analisi comparata dei prototipi di gara diffusi nella prassi, che in condizioni realistiche il loro grado di efficienza è variabile, secondo le caratteristiche dei contratti e secondo il contesto delle operazioni selettive.

In altre parole, la dottrina insegna che, laddove l'obiettivo primario della gara sia l'efficiente allocazione del titolo contrattuale, la scelta e la configurazione dei modelli procedurali devono duttilmente adattarsi alla natura delle sottostanti transazioni economiche, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato e dell'ambiente competitivo⁽⁴⁶⁾.

Gli esperti in materia mostrano che semplicemente non esiste un modello di gara universalmente appropriato e invitano a guardarsi dalla rigidità dei metodi selettivi.

In breve, l'obiettivo di innalzare efficienza e convenienza impone soluzioni diversificate.

Rovesciando il discorso, la povertà o la standardizzazione dei modelli concorsuali scoraggiano la partecipazione ai negoziati, perché, sacrificando l'efficienza, riducono il surplus che le parti possono sperare di dividersi, contrattando.

Purtroppo – e qui viene un punto centrale, ai fini del nostro ragionamento – le difficoltà e le esigenze di sofisticazione del disegno delle procedure si aggravano di pari passo con l'aumento della complessità dei contratti perfezionandi.

Questo accade perché gli automatismi propedeutici all'intensificazione del controllo degli organi pubblici poco si conciliano col bisogno di apprendimento, abitualmente connaturato al perfezionamento di transazioni onerose, incerte e di lungo periodo, come

⁽⁴⁶⁾ Trattasi di risultato che assume a piattaforma concettuale il c.d. *teorema di equivalenza* di VICKREY (ID, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*) cit, premio nobel per l'economia, il quale ha dimostrato che quattro prototipi di asta diffusi nella pratica – gara ad offerte palesi al rialzo, gara ad offerte palesi decrescenti, gara in busta chiusa alla miglior offerta o al prezzo più conveniente, gara in busta chiusa al secondo miglior prezzo - esemplificativi, nelle loro diversità, del grande assortimento di modelli cui il disegno delle procedure può attingere, sono tutti in grado di generare risultati efficienti, purché siano soddisfatti presupposti estremamente severi, al punto da risultare sostanzialmente irrealistici. Tra di essi, la neutralità verso il rischio dei partecipanti alla gara, la loro "simmetria", cioè il possesso di informazioni qualitativamente omogenee, la monodimensionalità dei criteri di confronto, la natura "comune" o "correlata" della procedura; per il chiarimento e l'approfondimento del significato dei vari presupposti, un'efficace e chiara sintesi è offerta da K. M. SCHMIDT e M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give Aways*, cit.

Proprio l'implausibilità dei presupposti si rivela carica di implicazioni utili, per il giurista, perché in tal modo il teorema finisce precisamente col fornire una base scientifica alla dimostrazione del fatto che, nella pratica, le forme di gara non sono affatto equivalenti, sicché l'obiettivo dell'efficienza reclama notevole elasticità e variabilità, nel disegno dei concorsi.

Per approfondire, R. P. MCAFEE, J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, cit., p. 699 ss.; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, a cura di P. KLEMPERER, cit.; AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, cit.; L. PARISIO, *Meccanismi d'asta*, Carocci, 1999; E. RASMUNSEN, *Teoria dei Giochi e informazione*, Hoepli, 1993, p. 275 ss.

di regola sono concessioni e partenariati (47).

Si è mostrato che l'eventuale difficoltà ad acquisire e sfruttare nuova informazione, all'occorrenza rivedendo le offerte in corso di gara, e la conseguente soppressione di quei meccanismi di retroazione che sono il motore di ogni virtuoso processo di apprendimento, può costare molto, in termini di efficienza e di sviluppo degli scambi, quando in gioco sia il perfezionamento di rapporti negoziali non banali (48).

La necessità di incoraggiare e di premiare scoperte ed innovazioni, in vista del perfezionamento di contratti complessi e onerosi, consiglia poi di privilegiare i modelli concorsuali – assai meno sperimentati e più difficili da gestire, perlomeno nell'esperienza italiana – che, attraverso una successione di stadi informali e discorsivi, sono in grado di promuovere un malleabile coinvolgimento delle imprese, già in fase ideativa.

A complicare le operazioni si aggiunge il fatto, ben noto alla dottrina e alla prassi amministrativa, che la varietà e l'eterogeneità dei parametri comparativi cui deve necessariamente rimettersi la valutazione di offerte propedeutiche al perfezionamento di un affidamento concessorio, rendono praticamente impossibile azzerare il rischio di inconsistenze o manipolazioni, quale che sia il livello di meticolosità e di precisione adoperato nel preconstituire pesi e criteri ad uso delle commissioni aggiudicatrici (49).

(47) Le consuete gare formali e meccaniche, come l'asta pubblica o la licitazione privata, sinora predilette dalla prassi giuridica nazionale, sono procedure i cui esiti vengono affidati al trattamento di stime e di informazioni in massima parte elaborate prima della competizione. La p.a. è tenuta a fornire - prima della gara - un'accurata rappresentazione delle proprie funzioni di preferenza, specificando con precisione, tra le varie cose, l'oggetto dei propri bisogni, i requisiti occorrenti per soddisfarli, i vari parametri di comparazione delle offerte, il loro peso relativo. I candidati devono parimenti decidere se e come concorrere sulla scorta delle informazioni raccolte e delle valutazioni sviluppate prima di confrontarsi. Sui limiti delle procedure rigide rinvio a M. CAFAGNO, *lo stato banditore*, cit., con riferimenti bibliografici ivi.

(48) Stadi di confronto aperto, non solo con la committenza, ma anche tra candidati, all'interno di procedure ibride e miste, permettono agli aspiranti di competere praticando strategie d'offerta prudenziali ed euristiche, le quali aiutano a moderare quelle remore a gareggiare che sono alimentate dal tasso particolarmente elevato di incertezza e dai criteri di distribuzione del rischio gestionale, tipici dei rapporti concessori, ove l'assunzione di ingenti obblighi finanziari si combina spesso a prolungati tempi di esecuzione e a un elevato grado di specificità degli investimenti richiesti.

L'opportunità di aggiustare e rivedere le stime, tenendo conto delle strategie rivali, in corso di gara, incoraggia offerte e candidature che, se dovessero viceversa dipendere da congetture condotte al buio, non modificabili, risulterebbero verosimilmente problematiche, se non addirittura temerarie, agli occhi di imprese ragionevolmente avverse al rischio.

Cfr. K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, cit.; P. MILGROM E R. WEBER, *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, in *Econometrica*, 1982, 50/5, p. 1089 ss.; P. Bajari, S. Tadelis, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations*, in AA. VV., *Handbook of Procurement*, cit.; sul fenomeno del cosiddetto "winner curse", si vedano, ad esempio, M. KLEIN, *Designing Auctions for Concessions – Guessing the Right Value to bid and the Winner's Curse*, in *Public Policy for the Private Sector*, *The World Bank Group*, 1998, n. 160; E. RASMUNSEN, *Teoria dei Giochi*, p. 275 ss.; sugli accorgimenti procedurali utili a moderare il problema, appunto attraverso procedure ibride e miste, che alternino fasi di competizione aperta a fasi di confronto anonimo, con offerte segrete, si vedano i due lavori di P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001; ID., *Why Every Economist Should Learn Some Auction Theory*, Invited Lecture to 8th World Congress of the Econometric Society, 2000, ora all'indirizzo <http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer>

(49) P. A. MORI, *Perché il metodo aggregativo compensatore è sconsigliabile per l'aggiudicazione dei contratti pubblici*, in AA.VV., *Negoziazioni pubbliche*, cit., p. 356 ss.; ivi anche F. PATRONE, *Sulla manipolabilità del metodo aggregativo compensatore*, p. 381 ss.; P. A. MORI, *Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero vantaggiosa?*, in *Economia Pubblica*, 1997, p. 5 ss.

Altra esigenza di non facile soluzione, sebbene cruciale, ai fini del buon esito della selezione – rimarcata dalla recente indagine dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sui servizi pubblici di trasporto locale - è quella di coordinare l’architettura della gara con la struttura degli incentivi contrattuali⁽⁵⁰⁾, a sua volta condizionata da una varietà di fattori endogeni⁽⁵¹⁾.

Poiché le competenze tecniche occorrenti alle committenze per costruire elaborati contratti incentivanti e procedimenti competitivi a dir poco scarseggiano, nell’odierno panorama nazionale, difficoltà soggettive doppiano ed amplificano quelle oggettive. Un’esemplificativa riprova è desumibile dalla pratica applicativa del dialogo competitivo.

E’ noto che l’istituto, ispirato a criteri di marcata flessibilità procedurale, ha rappresentato una delle più ambiziose innovazioni della direttiva 17/2004/Ce, sui c.d. settori classici (52).

⁽⁵⁰⁾ In questi termini il Rapporto dell’Autorità reso nel giugno 2016, IC47, cit., par. 11 ss.: “il tema della tipologia di contratti che vengono sottoscritti tra ente affidante e soggetto gestore è centrale dal punto di vista della tutela della concorrenza. La presenza, nel settore del TPL, di forti asimmetrie informative, che rendono difficile per l’ente affidante controllare direttamente i livelli di costo dei gestori, è nota e ampiamente studiata; numerose analisi econometriche condotte in diversi paesi, tra cui l’Italia, hanno confermato che i contratti di tipo fixed price, in cui l’ammontare del rimborso riconosciuto al gestore è vincolante e fissato ex ante, consentono di raggiungere un livello di efficienza produttiva più alto rispetto ai contratti cost plus, che prevedono meccanismi di rimborso a piè di lista per sussidiare i gestori (...). Nel complesso, il tema del disegno del contratto dal punto di vista degli incentivi all’efficienza è legato anche alle modalità di finanziamento pubblico previste. Le due questioni vanno dunque affrontate congiuntamente, avendo come obiettivo prioritario la gestione delle asimmetrie informative che gravano sull’ente affidante, gestione che deve fondarsi su due fattori: la previsione di adeguate clausole contrattuali per disciplinare il monitoraggio degli obiettivi inseriti nei contratti di servizio; un’elevata *expertise*, che deve essere al riparo dal rischio di conflitti di interesse”.

In dottrina, G. CANITANO, D. DI LAUREA, N. DONI, *Le convenzioni di affidamento del servizio idrico integrato: una analisi comparata alla luce della teoria economica dei contratti*, in AA.VV., *La convenzione di affidamento* cit., p. 197 ss.; S. SAUSSIER, C. STAROPOLI, A. YVRANDE-BILLON, *Public-Private Agreements, Institutions, and Competition: When Economic Theory Meets Facts*, *Rev. Ind. Organ.* (2009) 35:1-18; E. IOSSA, D. MARTIMORT, *The Simple Microeconomics of Public-Private Partnerships*, *Journal of Public Economic Theory*, vol. 17, Issue 1, Feb. 2015, 4-48.

⁽⁵¹⁾ M. SEBASTIANI, *La valutazione economica delle scelte di affidamento*, in AA.VV., *Società Pubbliche e servizi pubblici*, cit. p. 279, riassumendo ed arricchendo l’elenco dei fattori critici ricorrenti, nel determinare l’insuccesso delle gare, enumera:

“(a) le condizioni di gara sono (...) inadeguate a suscitare un adeguato interesse privato; (b) vince l’affidatario uscente in quanto dispone – al di là delle protezioni interne – delle informazioni necessarie per affermarsi e di asset che, sebbene non rientrino fra le essential facilities, sono comunque difficili da reperire sul mercato (...); (c) comportamenti di bid rigging da parte dei contendenti (...); (d) i costi derivanti da eventuali gare integrative che si rendessero necessarie allorché la sopravvenuta incompletezza del contratto riguardi prestazioni aggiuntive che lo modifichino nelle «condizioni essenziali»; (e) in caso di associazioni fra Comuni, i costi derivanti dall’impossibilità di variare l’area territoriale interessata dai servizi, se questi erano stati assegnati con le modalità ordinarie, mentre la società in house può liberamente cooptare enti locali aggiuntivi, estendendo il bacino di utenza; (f) i costi di transizione derivanti dal rinnovo delle gare alla scadenza delle concessioni o delle società miste”.

Cfr. anche D. ARCHIBUGI, B. PIZZETTI, *I costi di transizione nella concorrenza per il mercato*, cit.

⁽⁵²⁾ V. art. 29 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, il cui considerando n. 31 enuncia esplicitamente la necessità, per contratti complessi, di “prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell’appalto”.

In dottrina, tra i molti, R. DI PACE, *Le procedure di scelta del contraente ed i criteri di aggiudicazione*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Utet, 2010, p. 622 ss.; G. FIDONE, *Dalla rigidità della legge merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e*

Ciononostante in Italia la normativa sul dialogo, ad oggi, è rimasta quasi inapplicata, vittima di reticenze prima legislative e poi amministrative.

Per capacitarsene, può bastare una rapida consultazione della banca dati del servizio TED (Tenders Electronic Daily) - versione online del Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, per appalti pubblici e concessioni (53).

Il database, interrogato tramite le opportune stringhe, ha consentito di appurare che nell'ultimo quinquennio, tra il 2011 e la fine del 2015, in Europa sono stati nel complesso pubblicati poco meno di 4.000 bandi, avvisi di gara o atti equivalenti, relativi a procedure di dialogo (54).

Soltanto 49 di essi sono stati pubblicati in Italia, contro - a titolo di emblematica comparazione - i 1484 della Francia o i 1097 del Regno Unito.

L'esito di questa esplorazione artigianale corrisponde nella sostanza all'indicazione cui più approda lo studio specialistico acquisito nel 2011 dalla Commissione Europea (55).

E' ben vero che l'ultima relazione di Anac ha segnalato con allarme che in Italia una parte preponderante di contratti pubblici è affidata con procedura negoziata, ma, come si ricava dal seguito del resoconto, pesano in modo determinante su questo risultato gli affidamenti a trattativa e le commesse sotto soglia (56).

Ma l'incrocio coi dati sul dialogo dimostra che, quando si discuta di negoziazioni complesse, propedeutiche al perfezionamento di contratti di importo ingente, la propensione degli amministratori all'impiego di procedure flessibili - che comportano il difficoltoso e responsabile ricorso alla discrezionalità, lungo traiettorie imprevedibili e poco sperimentate, sotto l'incombente minaccia di contestazioni della Corte dei Conti o di complicazioni giudiziarie - cala drasticamente.

La legislazione recente e il nuovo codice dei contratti hanno programmato un'ambiziosa opera di razionalizzazione e riqualificazione della domanda pubblica, ma è presumibile che, al di là degli incipienti assestamenti numerici e quantitativi, il processo di addestramento del personale e di effettiva acquisizione delle esperienze e delle capacità amministrative necessarie alla gestione di procedure problematiche e innovative richiederà tempo e cambiamenti culturali, anche nei metodi del sindacato giurisdizionale.

discrezionalità, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, p. 3971 ss.; F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla Direttiva 2004/18/Ce*, in www.giustamm.it; B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2009, 1, p. 127 ss.; M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORTI, Editoriale Scientifica, 2011, ; D. M. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2005, 6, 1967; G. URBANO, M. GIUSTINIANI, *Procedure per la scelta del contraente*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Giappichelli, 2010, p. 387 ss.

(53) <http://ted.europa.eu/TED/search/search.do>

(54) Trattasi di adattamento, con aggiornamento delimitato agli ultimi cinque anni, delle verifiche condotte in M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, cit., p. 991 ss.; uno studio empirico precedente è offerto da P. CONIO, L. LEONE, *Il dialogo competitivo: uno strumento procedurale innovativo per gli appalti di servizi integrati*, FMI - Facility Management Italia n.8/2010, al momento visionabile al seguente indirizzo: center.terotec.it/documenti/3077documento.pdf

(55) PwC - London Economics - Ecorys, "Public procurement in Europe. Cost and Effectiveness", 2011, p. 31, visionabile al seguente indirizzo:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/cost-effectiveness_en.pdf

(56) La relazione è visionabile all'indirizzo <http://www.anticorruzione.it/>

4. Segue: dall'efficienza all'efficacia della gara

Sulla falsariga degli studi teorici che trovano una pietra miliare nel celebre lavoro di Oliver Williamson sulla gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale (57), il paragrafo intende proseguire il ragionamento sulle potenziali debolezze delle procedure concorsuali, spostando l'attenzione dal versante dell'efficienza a quello dell'efficacia.

Si vuol rammentare che le gare per l'affidamento di concessioni - contratti che si distinguono per lunghe durate, elevata incertezza e investimenti spesso irrecuperabili – seppure efficaci nell'attuire i problemi di "opportunismo precontrattuale" (58) antecedenti alla stipulazione, restano armi spuntate, nel combattere problemi di "opportunismo post contrattuale" che facilmente affiorano in corso di esecuzione (59).

Le criticità esecutive minacciano di vanificare gli eventuali benefici dell'originaria competizione per il mercato.

Contratti come partenariati istituzionali o concessioni amministrative sono di frequente contraddistinti da elevati profili d'incompletezza.

A causa dell'entità e della specificità degli investimenti richiesti, che preparano rapporti di lungo periodo, propedeutici al completamento dei necessari ammortamenti, questi accordi spesso costringono i contraenti a scegliere in uno stato di forte incertezza e debolezza informativa, cui corrisponde una scarsa capacità di calcolo e previsione, che ostacola la preventiva specificazione di diritti e obblighi reciproci in accurate clausole negoziali, così come appanna la capacità di misurazione delle prestazioni fornite, in corso di esecuzione.

L'abbinamento dell'incompletezza contrattuale e del carattere specifico degli investimenti, in condizioni di persistente incertezza, ha risvolti strategici rilevanti.

Dato che il valore degli investimenti idiosincratichi si riduce, se vengono distolti dal loro impiego originario, il contraente che li abbia effettuati non può abbandonare il contratto senza sopportare perdite (60).

(57) O.E. WILLIAMSON, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, cit.; anche Williamson è stato insignito del premio nobel per l'economia, nell'anno 2009; si vedano poi J. J. LAFFONT e J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, the M.I.T. Press, 1993, cap. 7., p. 328 in part.; K. J. CROCKER e S. E. MASTEN, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics* 1988, 19, p. 327 ss.; V. GOLDBERG, *Regolamentazione e contratti amministrati* (trad. it.), in AA.VV., *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, a cura di D. GRILLO, M. COSSUTTA, Il Mulino, 1997, p. 342 ss.; K HWANG, *Contracting in local public organizations: the institutional economics perspective* (2015), *Journal of Public Affairs*, vol. 15, n. 3, p. 237 ss.; A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Carocci, 2005, p. 195 ss.; D. ARCHIBUGI, B. PIZZETTI, *I costi di transizione nella concorrenza per il mercato*, *L'industria*, F. 2, 2001; P. SPILLER, 2013, *Transaction cost regulation*, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 89(C), p. 232 ss.; M. H. RIORDAN e D. SAPPINGTON, *Awarding Monopoly Franchises*, 1987; una sintesi è reperibile in A. PETRETTO, *Aspetti economico-finanziari della regolazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 20 ss. cit.; P. A. MORI, B. BOSCO, L. PARISIO, *Regole di comportamento dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 20.

(58) cd "informazione nascosta", o *adverse selection*

(59) cd "azione nascosta" o *moral hazard*.

(60) P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, 1994, osservano che il problema degli investimenti irrecuperabili (*hold up problem*) è tendenzialmente sconosciuto alla teoria standard dei mercati, nella quale la contrattazione è perfetta e si assume sempre l'esistenza di fornitori alternativi. V. anche O. HART, *Imprese, contratti e struttura finanziaria*, Giuffrè, 1995, p. 47 ss.; O. E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit., p. 136 ss.; sviluppi in C. SHAPIRO, H. R.

D'altro lato, proprio a causa della specificità delle risorse impegnate, nemmeno la committenza può immaginare di liberarsi facilmente della controparte, dopo che gli investimenti siano stati compiuti.

In breve, i protagonisti di una transazione implicante investimenti irrecuperabili, come spesso sono le concessioni di pubblico servizio, tendono ad esserne imprigionati (61).

La dottrina ha mostrato che questa reciproca dipendenza rende i contraenti vulnerabili a comportamenti opportunistici, agevolati dai vuoti della disciplina pattizia (62).

Può ad esempio accadere che, al sopravvenire di evenienze non contemplate all'origine, a causa della lunga durata del rapporto, i contraenti tentino di sfruttare la situazione per rinnegare impegni concordati o per ottenere abbuoni o rinegoziazioni, a spese della controparte, confidando in una sua limitata capacità di reazione (63).

E' risaputo che queste dinamiche sono tipiche dei rapporti concessori e che spesso un'amministrazione pressata da richieste di rinegoziazione o delusa dai risultati ottenuti, in luogo di quelli promessi, può trovare politicamente incresciosa la prospettiva di una ritrattazione del proprio giudizio sull'impresa, oramai deputata all'esecuzione (64).

L'esperienza dimostra che le rivendicazioni favorite dall'abbinamento di incertezza ed incompletezza contrattuale spesso confluiscono in procedure contenziose, che conservano una logica fortemente transattiva (65).

Il problema di fondo che le varie constatazioni lasciano emergere è che la revisione postuma degli accordi originari, in condizioni di asimmetria informativa, facilmente vanifica i vantaggi del concorso iniziale e rende fittizia quella par condicio che si vorrebbe troppo fiduciosamente assicurata da una selezione del concessionario basata sull'obiettivo confronto di impegni e promesse annunciati, dato che un'effettiva parità non viene qui a dipendere dalla puntigliosità dei criteri e dei termini di paragone precostituiti dall'amministrazione, ma dall'effettiva conservazione nel tempo delle condizioni pattuite (66).

VARIAN, *Informations rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Etas, 1999, p. 125 ss.; J. TIROLE, *Teoria dell'organizzazione*, cit., p. 36.

(61) V. per tutti A. CHIANCONE, *I contratti*, in A. Chiancone, D. Porrini, *Lezioni di analisi economica del diritto*, Giappichelli 1979, p. 65.

(62) P. MILGROM, J. ROBERTS, *Economia, organizzazione*, cit., p. 62: "le transazioni che richiedono specifici investimenti, normalmente, richiedono anche un contratto, o delle pratiche di protezione dell'investitore, contro la possibilità di una conclusione prematura, o di una rinegoziazione opportunistica dei termini della relazione produttiva".

(63) P. MILGROM, J. ROBERTS, *op. ult. cit.*, p. 208; A. CHIANCONE, *op. ult. cit.*, p. 66 s.

(64) O. E. WILLIAMSON, *La gara*, cit., p. 497 ss.; L. BARDELLI, N. DONI, *Analisi di diverse procedure di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 35 ss. e, in part., p. 50, con bibl. *ivi*...

(65) O. E. WILLIAMSON, *ult. cit.*, p. 493 ss..

(66) Ancora O.E. WILLIAMSON, *ult. cit.*; Id., *I meccanismi del governo, L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Franco Angeli, 1998 (titolo originale: *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, New York, N.Y., Usa, 1996), p. 207 ss.; per una trattazione formalizzata, a J. J. LAFFONT, J. TIROLE, *ult. cit.*; sul tema specifico delle rinegoziazioni, col corredo di analisi e dati concreti, P. GAGNEPAIN, M. IVALDI, D. MARTIMORT, *Renégociation de contrats dans l'industrie du transport urbain en France, Revue économique*, vol. 60, N. 4 (Jul., 2009), p. 927 ss.; J. LUIS GUASCH, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing it Right*, The World Bank, Washington, D.C., 2004; ID, *Affidamenti e rinegoziazioni nel settore infrastrutturale: una visione d'insieme*, in AA.VV. AA.VV., *La convenzione di affidamento e la regolazione nel servizio idrico in Italia*, a cura di G. CANITANO, D. DI LAUREA, N. DONI, Franco Angeli, 2007, p. 21 ss.; A. ESTACHE, J. GUASCH, A. IIMI, L. TRUJILLO (2009), *Multidimensionality and Renegotiation: Evidence from Transport-Sector Public-Private-Partnership Transactions in Latin America*, *Review of Industrial Organization*, September, 35:41-71; R. CORI, I. PARADISI, *La fase di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, in AA. VV., *Negoziazioni pubbliche*, cit. p. 568 ss.; per un interessante studio di ampio respiro,

Egualemente critico è il nodo dei rinnovi.

La protrazione dei tempi di gestione, quando gli investimenti richiesti al gestore siano cospicui, può costituire condizione indispensabile al completamento degli ammortamenti ed alla realizzazione di un soddisfacente equilibrio economico finanziario dell'esercizio ⁽⁶⁷⁾, ma lunghe durate contrattuali mal si conciliano con l'esigenza di tener viva la concorrenza, perché impediscono la riedizione frequente delle procedure concorsuali ⁽⁶⁸⁾.

Non è poi rara l'evenienza di squilibri competitivi al rinnovo - di norma a beneficio dell'incumbent e a discapito dei nuovi entranti o della committenza - tanto nel caso che il capitale fisico e conoscitivo occorrente allo svolgimento del servizio sia facilmente trasferibile dal gestore uscente all'aggiudicatario successivo, quanto nel caso contrario ⁽⁶⁹⁾.

in ambito più strettamente giuridico, A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Editoriale scientifica, 2012

⁽⁶⁷⁾ Presupposto cui è verosimilmente subordinata la stessa preliminare disponibilità a costituire una relazione concessoria con l'amministrazione.

⁽⁶⁸⁾ Naturalmente esistono servizi che non pongono problemi di questa natura e che dunque ammettono vincoli temporali opportunamente concepiti per evitare dilazioni superflue e pretestuose. Nondimeno, spesso l'esigenza di tempi lunghi poggia su basi reali.

Alcuni suggerimenti teorici e gli attuali sviluppi regolatori (si vedano, in particolare, l'art. 9 dello schema di Testo Unico sui servizi locali e, in materia di trasporti, la delibera dell'Autorità di regolazione dei Trasporti n. 49/2015 del 17 giugno 2015, cui insistentemente rimanda l'indagine conoscitiva dell'AGCM sui TPL, p. 113 ss) si sforzano di comporre il conflitto tra salvaguardia dell'equilibrio gestionale e tutela della competizione con la previsione di misure che riescano ad imporre il periodico trasferimento degli impianti.

L'espedito, se riuscisse nei propri intenti, avrebbe il duplice merito di attenuare l'incompletezza contrattuale, grazie alla contrazione delle tempi, e di intensificare la concorrenza, rendendola meno episodica.

Ma anche in questo caso il passaggio dalla teoria alla pratica appare tutt'altro che semplice.

La teoria e l'esperienza mostrano che la stima e le operazioni di calcolo del valore degli impianti e di elaborazione dei criteri di cessione possono incontrare difficoltà piuttosto serie.

Ostacoli anche più gravi possono intralciare il trasferimento del personale oppure la quotazione e l'effettivo passaggio del capitale immateriale, non meno cruciale, come il patrimonio di conoscenze tecniche riguardanti impianti o servizio maturate dalla manodopera specializzata, gli schemi comportamentali o decisionali opportunamente sviluppati dal personale del gestore uscente.

Su tutto ciò, nuovamente O. E. WILLIAMSON, *La gara*, cit., p. 510.

⁽⁶⁹⁾ Allo scopo di fornire un quadro di sintesi della problematica, riprendendo per cenni J. LAFFONT, J. TIROLE, *A Theory*, p. 356 ss., sulla falsariga della sintesi già compiuta in M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit., è utile focalizzare l'attenzione su due ipotesi polari, entrambe spinose.

Può accadere che gli investimenti e le competenze propedeutiche all'esercizio siano per loro natura materialmente trasferibili oppure può verificarsi il caso contrario. Se il capitale è fisicamente trasferibile, ma esistono ragioni per supporre che non sarà compensato interamente o che potrebbero sorgere contestazioni, la periodica riedizione delle gare può deteriorare l'interesse del concessionario attuale a serbare adeguati livelli di funzionalità, soprattutto in prossimità della scadenza.

L'efficiente espletamento della gestione richiede di norma investimenti in attività manutentive, di apprendimento, di riqualificazione periodica del personale, di valorizzazione, di ammodernamento degli impianti, di estensione delle reti, etc.

Se però gli sforzi compiuti per conservare o migliorare le strutture o l'esercizio rischiano di tradursi - agli occhi del gestore esposto all'eventualità di vedersi superato da un concorrente al momento del rinnovo e che quindi calcoli la positiva probabilità di una sua sostituzione alla scadenza - in una scelta potenzialmente atta a favorire le imprese entranti, il cui costo sia però sostenuto prevalentemente dallo stesso "incumbent", è plausibile ne discenda un disincentivo ad investire.

Ammodernamenti o manutenzioni producono un'eternità, cioè una discrepanza - nella visuale del concessionario attuale chiamato a valutare come e quanto investire - tra costi e benefici individuali e costi

A titolo illustrativo dell'attualità del problema vale la pena di richiamare di nuovo l'indagine conoscitiva sul settore dei trasporti pubblici locali, chiusa lo scorso giugno 2016.

L'Autorità garante, dopo aver comunque premesso che le procedure di gara esperite sono un numero alquanto limitato – nonostante il D. Lgs. 422/97 abbia ormai varcato la soglia del ventennio – ha riconosciuto che gli esiti da esse raggiunti non sono per giunta molto “rassicuranti”, giacchè “quasi il 60% delle gare bandite sono state aggiudicate agli incumbent” e che “in un ulteriore 20% dei casi essi hanno comunque vinto in ATI con altri operatori”.

I dati inducono a congetturare – ha precisato il rapporto – che, stando alle medie ricavabili dall'attuale esperienza, “soltanto in un caso su 5 (...) la gara promuove l'apertura al mercato di nuovi operatori in grado di partecipare autonomamente”.

Senza contare che “a molte gare è associato un elevato contenzioso amministrativo, che genera incertezza, a causa dell'alea connessa con l'esito”⁽⁷⁰⁾

La separazione tra erogazione dei servizi e gestione delle dotazioni impiantistiche occorrenti al relativo esercizio è espediente notoriamente praticato per mitigare questi problemi.

Ma è anche noto che trattasi di misura che, nel risolvere alcune criticità, minaccia di generarne di altrettanto gravi, tanto è vero che nell'ambito dei servizi pubblici locali l'art. 9 dello schema di decreto contempla la possibilità di una separazione, senza tuttavia imporla⁽⁷¹⁾.

e benefici sociali della sua decisione.

I costi sono percepiti come integralmente personali ma i corrispondenti benefici, per quanto collettivamente desiderabili, si prestano a ricadere almeno parzialmente nientemeno che sui concorrenti.

E' prevedibile che ne derivi, soprattutto nell'imminenza del rinnovo, una inefficiente inclinazione al disimpegno, cioè ad investire meno risorse di quanto non sarebbe ottimale ed opportuno, dal punto di vista sociale.

Ove al contrario si assuma che gli investimenti richiesti al concessionario non siano materialmente trasferibili, come di frequente accade, le conseguenze non si dimostrano meno distorsive, giacchè essi si traducono in determinante vantaggio competitivo dell'incumbent, al momento del rinnovo.

La posizione di forza acquisita con la pregressa gestione, quando non dissuade del tutto l'entrata di nuove imprese, minaccia comunque di vanificare i potenziali benefici della riedizione della procedura concorsuale, col rischio di preconstituire gli esiti.

O. E. WILLIAMSON, *La gara, cit.*, p. 510 come pure J. J. LAFFONT-J. TIROLE, *A Theory*, cit., p. 357 riconoscono che si tratta di dilemma che non ammette facili soluzioni; si leggano anche L. BARDELLI, N. DONI, *Analisi di diverse procedure di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 45 s.; M. A. ZUPAN, *Cable Franchise Renewals: Do Incumbent Firms Behave Opportunistically?*, cit., p. 475 ss.; F. BULCKAEN e C. CAMBINI, *Assetti di mercato e problemi di regolazione nei servizi di pubblica utilità*, in AA.VV., *I servizi di pubblica utilità. Regolazione e concorrenza nei nuovi mercati*, a cura di F. BULCKAEN e C. CAMBINI, Franco Angeli, 2000, p. 21

⁽⁷⁰⁾ Par 266 del resoconto, p. 111. ; *specificamente sulle problematiche che interessano il settore dei trasporti*, A. BOITANI, C. CAMBINI, *Le gare per i servizi di trasporto locale in europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, *Economia e politica industriale* n. 122, 2004, p. 65 ss.; A. BOITANI, *Concorrenza e regolazione nei trasporti, economia e politica industriale*, n. 124, 2004, p. 6 ss.; C. CAMBINI, *Concorrenza e regolazione nel settore ferroviario: l'importanza del materiale rotabile*, *Economia e politica industriale*, 2009, f. 2, p. 47 ss.; M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, cit.

⁽⁷¹⁾ Per tutti, A. HEIMLER, *Servizi pubblici locali: concorrenza, regolazione e gare*, *Economia it.*, 2007, p. 684, il quale condensa il proprio pensiero critico nei seguenti termini: la separazione delle reti viene abitualmente caldeggiata per promuovere la “concorrenza nel mercato dei servizi che la utilizzano e, contemporaneamente, favorire una espansione geografica della rete che prescindendo dalla protezione del potere di mercato dei gestori a valle. (...) nel caso dei servizi pubblici locali, si è lasciata in Italia allo Stato la proprietà di reti e impianti, mettendo eventualmente a gara la gestione del servizio, mantenendo

Si potrà notare, con ragione, che le direttive da poco approvate in materia di appalti e concessioni, recepite dal nuovo codice dei contratti pubblici, addirittura moltiplicano lo spazio accordato alla flessibilità procedimentale, che la direttiva sulle concessioni, in particolare, legittima fasi di malleabile negoziazione, durante il concorso, proprio per favorire la plasticità delle operazioni selettive, che lo schema di Testo Unico sui servizi locali accentua il processo in atto di sensibile potenziamento delle competenze settoriali delle Amministrazioni indipendenti, che lo scorso anno l’Autorità di regolazione dei trasporti, a titolo d’esempio, ha approvato una delibera sui bandi tipo che intende proprio rimuovere i fattori di intoppo alla concorrenza appena indicati ⁽⁷²⁾, che la bozza di decreto in itinere, seguitando con esempi che interessano la materia dei trasporti, parrebbe intenzionata a favorire la sperimentazione del modello britannico ROSCO, al fine di mitigare i problemi di finanziamento e disponibilità dei materiali rotabili, che tuttora limitano l’accesso alle gare.

I rilievi sarebbero tutti ineccepibili ma – senza intraprendere ora un’impossibile valutazione di dettaglio e di merito delle varie ipotesi di risposta regolatoria - occorre prendere atto che tutte presuppongono interventi molto laboriosi, il cui buon esito (anche alla luce di un’esperienza che registra decenni di inattuazione delle norme più chiare) non può essere dato ragionevolmente per facile, tanto più considerando che sul regolatore incombono problemi di agenzia spesso gravi non meno di quelli cui vorrebbe porre rimedio ⁽⁷³⁾.

Non intendo sostenere che il diritto vigente impedisca in punto di principio adattamenti e sofisticazioni procedimentali o regolamentari.

L’argomentazione vuole piuttosto evidenziare che lo sforzo amministrativo e regolativo di costruire percorsi contrattuali e concorsuali in grado di doppiare i risultati cui perverrebbe un mercato concorrenziale, se esistesse, è molto complesso e aleatorio e si cala in un contesto nel quale gli errori minacciano di costar caro, giacchè le ripercussioni deleterie di un’eventuale selezione infelice sul conferimento di una concessione di pubblico servizio, in ipotesi attributiva di una posizione di monopolio locale, possono perpetuarsi per anni, col salvacondotto di intangibili impegni pattizi.

Il ragionamento portato sconfinerebbe nel paradosso se - a dispetto delle inquietanti evidenze statistiche riportate dalla Corte dei Conti e richiamate in esordio, a corredo dell’audizione parlamentare dell’Autorità garante della concorrenza – suscitasse l’impressione di voler accreditare l’idea che la gestione in house sia in linea di principio preferibile all’affidamento per gara, cadendo in un errore identico, soltanto capovolto, rispetto a quello sottoposto a vaglio critico.

così un doppio monopolio, il monopolio dell’infrastruttura e quello dei servizi che su essa transitano. In questo modo nessuno dei possibili benefici della separazione viene raggiunto. La dimensione geografica della rete resta quella locale. Inoltre, il contratto di servizio si complica, dovendo esso comprendere delle previsioni per stabilire le modalità attraverso le quali la rete venga ampliata, mantenuta o migliorata, ponendo particolare attenzione a che gli incentivi del proprietario e del gestore siano allineati. Peraltro, la separazione tra proprietà e gestione, essendo del tutto artificiale rispetto alle decisioni d’impresa, può condurre a conflitti di responsabilità nei rapporti col pubblico difficilmente sanabili”.

In M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, cit., estensioni e ulteriori riferimenti bibliografici

⁽⁷²⁾ Delibera ART n. 49/2015 del 17 giugno 2015, oggetto di plauso dell’AGCM nella menzionata indagine conoscitiva sul settore dei trasporti locali, IC47 cit., p. 113

⁽⁷³⁾ F. BECCHIS, *Le fatiche del regolatore: fattori di debolezza nella regolazione dei servizi pubblici locali*, in *Economia pubblica*, 2003, f. 1; in generale, A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2004

La tesi - lo ribadisco per scrupolo - è che una realistica considerazione degli elementi di forza e di debolezza degli istituti deponga, insieme all'analisi sistematica del diritto europeo, a favore del riconoscimento dell'odierna libertà di scelta dell'amministrazione. E' indiscutibile che l'esercizio costruttivo di questa libertà richieda un senso di responsabilità, che è spiacevolmente sconfessato dai numeri, ma il discorso vale simmetricamente per l'opzione dell'autorganizzazione e per le scelte contrattuali, le cui anomalie, per inciso, sono a loro volta bersaglio ricorrente di altre indagini statistiche, non meno impietose.

Sarebbe abbastanza paradossale che lo sfavore per lo schema dell'autoproduzione pubblica, animato da una comprensibile sfiducia nelle capacità gestionali dell'amministrazione, si risolvesse in preconcetta preferenza per un'alternativa - quella contrattuale - che spesso esige competenze gestionali addirittura superiori ⁽⁷⁴⁾.

Williamson, nel celebre lavoro sulla gara per l'assegnazione di monopoli naturali, insistentemente citato, invitò a guardarsi dall'illusione che la concorrenza per il mercato bastasse a supplire alla necessità di un massiccio intervento regolatorio.

Sarebbe altrettanto ingannevole immaginare che l'azione taumaturgica delle autorità di regolazione possa supplire al deficit di capacità negoziali dell'amministrazione.

Senza sconfinare nella patologia, la preferenza per l'in house può legittimamente dipendere proprio dalla percezione degli elevati costi di transazione associabili all'alternativa della gara per la concessione (75).

⁽⁷⁴⁾ G. CANITANO, D. DI LAUREA, N. DONI, ult. cit., richiamando l'importante studio condotto da J. LEVIN, S. TADELIS, da poco ripubblicato in *Contracting for Government Services: Theory and Evidence from U.S. Cities, The Journal of Industrial Economics*, Vol. 58, No. 3, pp. 507-541, September 2010, riferiscono che i due autori - nel chiedersi per l'appunto quando "sia più efficiente che le amministrazioni autoproducano i servizi che devono fornire alla collettività e in quali casi sia invece preferibile delegarli ad enti privati che operano sotto la sorveglianza dell'autorità pubblica" - avanzano l'idea, col supporto di verifiche sul campo, "che i contratti con le imprese private siano caratterizzati da chiari obiettivi in termini di performance che rendono più efficienti i loro comportamenti, ma richiedono alti costi per il monitoraggio della prestazione stessa. L'autoproduzione è invece caratterizzata da contratti più simili a quelli di lavoro, in cui l'oggetto del contratto è l'attività da svolgere, senza riferimento ai risultati da raggiungere. Tali tipologie contrattuali sono meno incentivanti, ma anche più economiche da amministrare. La scelta efficiente fra i due diversi modelli dipende dalla complessità della prestazione da realizzare e dalla rilevanza della sua qualità. Quando questi elementi sono dominanti, allora il costo di transazione associato ad un contratto basato sulla performance tende a superare i suoi vantaggi relativi in termini di maggiore efficienza, per cui può essere preferibile l'adozione di una forma di contratto tipo quello di lavoro".

Si riprenda anche il classico lavoro di A. SHLEIFER, *State versus Private Ownership* (1998), *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n. 4, p. 133 ss., nonché G. CLERICO, *La fornitura di servizi pubblici locali: make or buy ?cit.*

(75) M. SEBASTIANI, *La valutazione economica delle scelte di affidamento*, in AA.VV., *Società Pubbliche e servizi pubblici*, cit. p. 279, ricorda che, in una dimensione fisiologica, la comparazione dei modelli di organizzazione del servizio pubblico deve lasciarsi guidare dal calcolo "della somma dei costi di produzione del servizio e dei costi di gestione del contratto". I costi di transazione - specifica l'efficace commento - "sono tanto più elevati: (1) quanto maggiore è la «distanza» fra il concedente e l'affidatario, (2) quanto più incompleti sono i contratti, (3) quanto più le relazioni pre e post contrattuali sono viziate da asimmetrie informative e da comportamenti opportunistici delle parti, (4) quanto minore è l'efficienza e la professionalità delle strutture amministrative, inadeguato il sistema degli incentivi e di allocazione dei rischi (in una parola, la qualità del sistema regolatorio e di vigilanza), (5) quanto maggiore è la dipendenza da finanziamenti pubblici". L'incompletezza contrattuale "è a sua volta tanto maggiore quanto più a lungo termine è il rapporto, ed è riconducibile all'impossibilità da parte dei contraenti di prevedere ogni possibile contingenza futura (...), agli elevati costi di contrattazione necessari per accordarsi ex ante su ogni singola prevedibile circostanza (...). Dal lato dell'ente locale, più incompleto è il contratto maggiori sono i costi che dovrà sostenere per l'attività di controllo di eventuali inadempimenti

Il punto è stato messo in rilievo anche nell'indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani, che l'Autorità Garante della concorrenza ha concluso nello scorso mese di gennaio ⁽⁷⁶⁾.

5. Autorganizzazione pubblica e disciplina europea dell'impresa: un rovesciamento di prospettiva

Il ragionamento svolto - se da una parte ha inteso mostrare che la trama delle norme europee sui contratti pubblici, per ragioni che plausibilmente affondano le radici nella sostanza delle cose, non avalla l'opinione che il contrasto con le regole protettive della

dell'impresa, maggiore la difficoltà di ottenere l'enforcement del contratto, a causa delle informazioni asimmetriche esistenti tra le parti riguardo ad azioni, caratteristiche o stati del mondo, maggiore la difficoltà di ricorrere alle vie legali. Al tempo stesso, sebbene possa in linea di principio beneficiare di asimmetrie informative post-contrattuali, anche l'impresa è soggetta al rischio di inadempimento e di comportamenti opportunistici da parte dell'ente locale. Per converso va considerato che quanto più un contratto è completo, tanto più è rigido e dunque meno adattabile a cambiamenti sopravvenuti nel corso del suo svolgimento”.

⁽⁷⁶⁾ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani*, IC49, chiusa con provvedimento dell'adunanza del 21 gennaio 2016, consultabile all'indirizzo <http://www.agcm.it>, ove troviamo scritto:

“420 (...) la predilezione per l'affidamento diretto può derivare dal fatto che i costi di transazione legati alla preparazione delle procedure ad evidenza pubblica e al (spesso quasi certo) contenzioso successivo all'aggiudicazione sono talvolta di ammontare significativo e tale da annullare i guadagni in efficienza ottenibili con una selezione competitiva del soggetto affidatario del servizio (...).

421. Altro elemento che contribuisce ad orientare la scelta degli Enti Locali verso l'affidamento diretto del servizio a un'impresa pubblica è dato dal fatto che il controllo analogo esercitato sull'impresa in-house consente agli Enti Locali di imporre all'impresa la rinuncia alla remunerazione del capitale investito, con conseguente positivo impatto sui costi del servizio, e al contempo di beneficiare della maggiore snellezza ed efficienza operativa tipica delle società di capitali.

422. Infine, l'affidamento diretto del servizio ad una società in-house teoricamente dovrebbe consentire all'Ente Locale di meglio conformare l'attività economica del soggetto affidatario del servizio (...) all'interesse pubblico tramite l'esercizio di un potere di amministrazione (...) più pregnante di quanto non avverrebbe nei confronti di soggetti a capitale prevalentemente privato (...). In quanto azionista di una società mista, infatti, l'Ente Locale ha il diritto di verificare la regolarità e la veridicità delle risultanze contabili dell'impresa affidataria, e in quanto beneficiario del servizio da essa reso, il socio pubblico ha a disposizione strumenti, quali il contratto di servizio (...), la Carta di servizio, nonché la convenzione stipulata tra l'Ente Locale e l'impresa affidataria. Tuttavia, tali strumenti non appaiono sufficienti a garantire il pieno controllo del servizio se, come spesso accade, gli Enti Locali affidanti non possiedono le competenze necessarie a garantire che l'impresa effettui il servizio secondo i termini e le condizioni economiche previste nel contratto di servizio, nel rispetto dei principi di qualità, universalità ed economicità delle relative prestazioni, né hanno l'expertise tecnica per giudicare l'adeguatezza delle politiche gestionali da questa attuate, anche in termini di evoluzione tecnologica, e per effettuare un'analisi comparativa dei risultati gestionali conseguiti. In tal caso essi rischiano di venire estromessi dalla gestione dell'attività svolta dalle imprese affidatarie, specie se queste sono di grandi dimensioni, e di perdere il controllo dell'evoluzione delle tariffe. Ciò potrebbe condurre ad un'inefficienza produttiva, in termini di costi del servizio eccessivi, e ad un'inefficienza allocativa, in termini di tariffe a carico dei cittadini troppo alte.

423. La volontà e il desiderio degli Enti Locali di controllare l'adeguatezza e la remunerazione del servizio, in ragione dal fatto che su di essi grava la responsabilità dello stesso, ha pertanto determinato la ricerca da parte di questi ultimi di altri strumenti atti a colmare l'asimmetria informativa sulle caratteristiche economiche del servizio e corrispondentemente a consentire il dominio della gestione dello stesso. Tale strumento è spesso individuato, per l'appunto, nel controllo analogo esercitato sui soggetti affidatari del servizio in via diretta”.

concorrenza alligni nel DNA dell'in house - nemmeno rende persuasiva, a mio giudizio, la tesi incline all'eccesso opposto.

In altre parole - tornando alla didascalica schematizzazione contenuta nel paragrafo introduttivo, dalla quale ha preso le mosse l'analisi - non penso che le norme europee sui contratti decretino aprioristicamente la primazia della gara sull'in house, ma non trovo nemmeno persuasiva l'idea che, in nome del principio di libera organizzazione delle amministrazioni, l'accertamento dei requisiti di proprietà pubblica, controllo analogo e attività prevalente esaurisca, nel diritto dell'Unione, ogni spazio di verifica delle condizioni di conformità agli obiettivi di tutela della concorrenza, legittimanti il ricorso all'autoproduzione pubblica, quando si discuta dell'esercizio di servizi pubblici locali di interesse economico generale.

Dico questo prendendo atto che gli affidatari in house, nonostante la sostanziale immedesimazione con gli apparati amministrativi dai quali sono controllati, vanno pur sempre considerati imprese, secondo il diritto dell'Unione.

Un consolidato insegnamento della giurisprudenza europea vuole che, "nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbracci qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento" ⁽⁷⁷⁾.

Trattasi di orientamento animato da una lettura funzionale e marcatamente cautelativa delle norme dei Trattati, intenzionata a difenderne gli effetti utili ogniquale volta siano di fatto messi a repentaglio ⁽⁷⁸⁾.

Così ragionando, il giudice dell'Unione ha reputato che al novero delle imprese appartenessero enti pubblici previdenziali, fondazioni bancarie ⁽⁷⁹⁾, amministrazioni sanitarie ⁽⁸⁰⁾, uffici pubblici di collocamento, obbligati ad erogare le loro prestazioni gratuitamente, finanziati attraverso contribuzioni generali ed obbligatorie di datori e prestatori di lavoro, operanti a mezzo di procedimenti e provvedimenti, nonché istituiti in virtù di norme che proibivano ai soggetti privati (con la minaccia della sanzione

⁽⁷⁷⁾ Così, tra i molti precedenti, Sentenza della Corte di Giustizia 23 marzo 2006, causa c-237/04, Enirisorse S.p.A. contro Sotacarbo S.p.A., punto 17, che a sua volta richiama, "in particolare, sentenze 23 aprile 1991, causa C 41/90, Höfner e Elser, Racc., I-1979, punto 21; 21 settembre 1999, causa C 67/96, Albany, Racc., I-5751, punto 77; 12 settembre 2000, cause riunite da C 180/98 a C 184/98, Pavlov e a., Racc., I-6451, punto 74, e 10 gennaio 2006, causa C 222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a. (...) punto 107". Si consenta un rimando a M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in AA.VV. *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Giuffrè, 2007, Tomo III, p. 1205 ss.

⁽⁷⁸⁾ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Cedam, 2010, p. 639 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2006, p. 747 ss.; M. T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; ID., *Disciplina comunitaria degli aiuti alle imprese pubbliche e privatizzazioni*, *Dir. comm. internaz.* 1994, II, p. 315 ss.; F. DE LEONARDIS, *La Corte di giustizia e il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*, in *Foro amm.* CDS 2002, 2, 333 ss.; L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 68 ss.; A. GRISOLI, voce *Impresa comunitaria*, in *Enc. Treccani, Giuridica*; A. MASSERA, *Impresa Pubblica*, voce Treccani, 2014, <http://www.treccani.it/>; V. A. SPADAFORA, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 1990, II, 283 ss.; M. TIRABOSCHI, *Incentivi all'occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario alla concorrenza*, Giappichelli, 2002, p. 93 ss.

⁽⁷⁹⁾ Sentenza della Corte di Giustizia, Seconda sezione, 10 gennaio 2006, procedimento C-222/04, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Cassazione con ordinanza 23 marzo 2004, nella causa Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Cassa di Risparmio di Firenze SpA ed altri

⁽⁸⁰⁾ Corte di Giustizia, 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, cit, in part. punto 22.

amministrativa e penale) di svolgere attività di intermediazione della manodopera (81). Persino un'articolazione organizzativa avente la fisionomia tipica di un ente non economico o di un suo organo si presta ad assumere, ai fini dell'applicazione del Trattato, la qualifica di impresa, quando dispieghi un'attività sostanzialmente dotata di natura economica (82).

Su queste basi, il Libro verde della Commissione europea sui servizi di interesse generale ⁽⁸³⁾ ha tenuto appunto a rimarcare che i soggetti in house vanno comunque considerati imprese, quando svolgano attività economiche ⁽⁸⁴⁾.

Più precisamente, la comunicazione - dopo aver ribadito che “per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione (...) e *spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente, tramite la propria amministrazione, oppure se affidarli a terzi*” ⁽⁸⁵⁾ - ha subito aggiunto che “i fornitori di servizi di interesse economico generale, *compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese (...)* soggette alle norme sulla concorrenza del Trattato” ⁽⁸⁶⁾.

Da ciò discende che “le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi *in-house* o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del Trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86” ⁽⁸⁷⁾.

Muovendo da questo preambolo, le pur comprensibili inquietudini che hanno forse indotto a forzare la lettura delle norme sui contratti pubblici nel tentativo di porre argine all'uso distorto dell'in house potrebbero cercare una risposta pertinente nelle norme protettive della concorrenza valedoli per le imprese.

Il par. 1 dell'articolo 106 del TFUE, stabilisce che “gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi” ⁽⁸⁸⁾.

(81) Sentenze della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, Hoefner e Elser, cit., in particolare punto 21, nonché 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre.

(82) Se la nozione di impresa sia da riferire all'attività o alla figura soggettiva che la eserciti è questione da tempo dibattuta, in dottrina; in tema OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, in Enc. Dir., XIX, Milano, 1970, 671 ss.; M. CARABBA, voce *Impresa Pubblica*, in Nuovo Digesto, disc. pubbl., 178 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Monopoli naturali e abuso di posizione dominante*, Riv. it. dir. pubbl. com., 1992, 1331 e n. 11 in particolare; questa giurisprudenza comunitaria, perlomeno al circoscritto scopo di salvaguardare l'osservanza dell'art. 86 del Trattato, parrebbe funzionalmente propendere per la prima soluzione.

⁽⁸³⁾ COM/2003/270 def.

⁽⁸⁴⁾ Sul punto M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, in AUTORITÀ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI. *Istituzioni e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione. Rapporto dell'advisory board*, 2015, cit., p. 27, nota 99; ID., *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit., p. 42

⁽⁸⁵⁾ Par. 79 della comunicazione

⁽⁸⁶⁾ Par. 80, corsivo aggiunto

⁽⁸⁷⁾ 106 TFUE

⁽⁸⁸⁾ La disposizione funge da cerniera rispetto ad una gamma aperta di precetti, con formulazione troppo indeterminata perché si possa qui ambire alla ricognizione organica di ogni possibile correlazione influente sul tema indagato. Poiché tuttavia mi prefiggo il più limitato scopo di prospettare la possibilità che, all'occorrenza, il diritto europeo giustifichi, a beneficio del mercato, una sorveglianza sull'in house supplementare a quella prevista dalle direttive sui contratti, basterà concentrare l'attenzione sul combinato disposto tra il par. 1 dell'art. 106 e le disposizioni che tutelano la concorrenza, in particolare l'art. 102.

Per una visione organica, rimando al voluminoso lavoro di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit.

Come quasi sempre notano i commentatori, la disposizione letteralmente non vieta alle autorità nazionali il conferimento di diritti speciali o esclusivi, ma anzi parrebbe statuirne l'ammissibilità, col pretendere che non entri in conflitto con le altre norme, ad implicita conferma di una concepibile armonia ⁽⁸⁹⁾.

Ma, attraverso una lettura via via più esigente del combinato disposto dell'art. 106 par. 1 e dell'art. 102 ⁽⁹⁰⁾ che notoriamente vieta l'abuso di posizione dominante ⁽⁹¹⁾, la Corte di Giustizia è giunta a considerare distortivo e vietato, ad esempio, il conferimento di un'esclusiva ad un soggetto privo delle capacità necessarie a soddisfare adeguatamente la domanda (cd "*abuso da inefficienza*") ⁽⁹²⁾, l'immotivata espansione di posizioni di diritto speciale o esclusivo a settori di mercato contigui (cd. "*abuso da estensione*") ⁽⁹³⁾ il conferimento di un diritto speciale o esclusivo che abbia l'effetto di preconstituire nel beneficiario condizioni di sfruttamento di una posizione dominante (cd "*abuso inevitabile*") ⁽⁹⁴⁾ il cumulo, in capo ad uno stesso soggetto, di diritti esclusivi o speciali

⁽⁸⁹⁾ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 773 ss, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 476 ss.; F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2014, p. 841 ss.; P. J. SLOT, *Public distortions of competition: the importance of Article 106 TFEU and the State action doctrine*, in U. NEERGARD ed al. (eds.), *Social Services of general interest in the EU*, TMC Asser Press, 2013, p. 245 ss.

⁽⁹⁰⁾ Per un'accurata e chiara panoramica, a partire dalle posizioni espresse dalla sentenza della Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, C-155/73, Sacchi, v. D. GALLO, ult. cit., p. 468 ss.; si vedano anche le articolate conclusioni dell'Avvocato generale F.G. Jacobs, del 28 gennaio 1999, in C-67/96, Albany, par. 349 ss.; più in sintesi, M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit.

⁽⁹¹⁾ A proposito del quale, G. TESAURO, ult. cit., p. 690 ss.; F. FERRARO, *L'abuso di posizione dominante*, in B. CORTESE, F. FERRARO, P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 45 ss.

⁽⁹²⁾ In questo senso, Corte di Giustizia, sentenza 3 marzo 2011, causa C 437/09, AG2R, ove si chiarisce, al punto 69, che "una simile pratica abusiva contraria all'art. 106, n. 1, TFUE sussiste, in particolare, quando uno Stato membro conferisce ad un'impresa il diritto esclusivo di esercitare talune attività e crea una situazione in cui tale impresa non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda che presenta il mercato per questo genere di attività"; conformi, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41-90, Hofner e Elser, cit.; sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, Job Centre, sentenza 8 giugno 2000, causa C-258/98, Carra; sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany; sentenza 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, Pavel Pavlov cit.; sentenza 25 ottobre 2001, causa C 475/99, Ambulanz Glockner.

⁽⁹³⁾ Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT; sentenza 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link; sentenza 25 giugno 1998, causa C-203/96, Dusseldorf; sentenza 22 maggio 2003, causa 462/99, Connect Austria.

⁽⁹⁴⁾ L'antologia giurisprudenziale raccoglie casi in cui la Corte presume che i gravi e ripetuti comportamenti abusivi commessi dall'impresa costituiscano la conseguenza inevitabile della concessione del diritto esclusivo da parte dello Stato, senza che occorra provare l'esistenza di un collegamento tra l'abuso e la misura statale. Usuale il riferimento alla sentenza 10.12.1991, Mercati convenzionali Porto di Genova. Più di recente, nella pronuncia 27 febbraio 2014, causa C 351/12, Ochranný, la Corte ha ritenuto che "costituiscono indizi di un abuso di posizione dominante il fatto che un ente di gestione collettiva di diritti d'autore imponga, per i servizi da esso prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri (...) o il fatto che praticati prezzi eccessivi, privi di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita. (...). Qualora un abuso siffatto dovesse sussistere e qualora fosse imputabile alla normativa applicabile a tale ente di gestione, la suddetta normativa sarebbe contraria agli articoli 102 TFUE e 106, paragrafo 1, TFUE." Nello stesso senso sentenza 16 luglio 2009, causa C 385/07, Der Grüne Punkt, che in motivazione si richiama ai precedenti 11 novembre 1986, causa 226/84, British Leyland/Commissione, punto 27, e 17 maggio 2001, causa C 340/99, TNT Traco, Racc., punto 46.

e di prerogative regolatorie ⁽⁹⁵⁾, passibili di esercizio a discapito di concorrenti (cd "abuso da conflitto") ⁽⁹⁶⁾.

Vale la pena di notare a margine, in chiave problematica e provocatoria, che secondo la sentenza *Crespelle* della Corte di Giustizia, normative nazionali che, tramite il

⁽⁹⁵⁾ Sentenza 19 marzo 1991, causa 202/88, Terminali di telecomunicazione; sentenza 13 dicembre 1991, causa C-18/88, RTT; sentenza 27 ottobre 1993, causa C-69/91, Decoster; sentenza 27 ottobre 1993, causa C-93/91, Lagache, sentenza 27 ottobre 1993, causa C-92/91, Tallandier; sentenza 17 luglio 1997, causa C-242/95, GT-Link; sentenza 12 febbraio 1998, causa C-163/96, Raso; sentenza 18 giugno 1998, causa C-266/96 Corsica Ferries II; sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany sentenza 1 luglio 2008, causa C-49/07, Motoe.

Su questi precedenti e sulla giurisprudenza richiamata nelle note che precedono, a proposito della correlazione tra art. 106 e fattispecie di abuso di posizione dominante, D. GALLO, ult. cit. p. 476 ss.; F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., commento all'art. 106 TFUE, p. 841 ss. e 847 in part.; nonché a P. J. SLOT, *Public distortions of competition: the importance of Article 106 TFEU and the State action doctrine*, cit., p. 245 ss.

⁽⁹⁶⁾ Con la sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, la Corte (punti 13 e 14) si è spinta ad affermare che una lettura combinata dei par. 1 e 2 dell'art. 106 "consente agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi". Il successivo punto 16 ne ricava che si tratta dunque "di esaminare in quale misura sia necessaria una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, per consentire al titolare del diritto esclusivo di esercitare la sua funzione d'interesse generale".

E' stato osservato che, con la sentenza Corbeau, si assiste a un "capovolgimento" della presunzione di legittimità dei monopoli: la misura in contrasto con le norme del Trattato in materia di concorrenza, di cui all'art. 106, par. 1, "si identifica nella concessione del diritto esclusivo, a prescindere dal comportamento attuale o potenziale dell'impresa e dal conseguente abuso [...]. Da qui l'inversione dell'onere della prova gravante sulle parti di un giudizio riguardante l'applicazione combinata degli articoli 106, par. 1 e 102. Prima di Corbeau era l'impresa intenzionata a contestare la concessione del diritto esclusivo a dover dimostrarne l'illegittimità sulla base del diritto UE. La sentenza Corbeau, esige invece dallo Stato la prova dell'esistenza di circostanze oggettive in grado di giustificare la concessione del diritto esclusivo, di per sé incompatibile con il Trattato" (così D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 497 ss.).

Come sottolineato dallo stesso A., questo approccio subirà tuttavia una forte attenuazione, fino ad essere chiaramente abbandonato, nella maggior parte delle successive sentenze della Corte di Giustizia.

La Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 27 febbraio 2014, Causa C 351/12, OSA – Ochranný, ad esempio, al punto 83 ribadisce l'antico principio secondo cui "il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante l'attribuzione di diritti esclusivi ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 1, TFUE non è, di per sé, incompatibile con l'articolo 102 TFUE. Uno Stato membro viola i divieti sanciti da queste due disposizioni solo quando l'impresa di cui trattasi sia indotta, con il mero esercizio di diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando tali diritti siano idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi".

Nello stesso senso la sentenza della Corte (Prima Sezione), 3 marzo 2011, C 437/09, AG2R Prévoyance, cit., punto 68, afferma che "è giurisprudenza costante che il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 106, n. 1, TFUE non è, in sé e per sé, incompatibile con l'art. 102 TFUE. Uno Stato membro viola i divieti sanciti da queste due disposizioni solo quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi conferitile, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi (v. citate sentenze Höfner e Elser, punto 29; Albany, punto 93; Brentjens', punto 93, nonché Drijvende Bokken, punto 83)".

Alla luce di questi indirizzi maggioritari, mi pare che la strada indicata dallo studio di M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, a p. 23 e 24, facendo appunto leva sul precedente Corbeau, non sia agevolmente praticabile; utile un nuovo rimando a F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione*, cit.

conferimento di diritti esclusivi ad una categoria di imprese, danno vita ad “una sovrapposizione di monopoli territorialmente limitati, ma che riguardano complessivamente tutto il territorio di uno Stato membro (...) instaurano una posizione dominante ai sensi dell’ art. 86 del Trattato su una parte sostanziale del mercato comune”⁽⁹⁷⁾.

Senza voler suggerire ipotesi o parallelismi azzardati – dato che l’ accertamento di un abuso di posizione dominante passa per la puntuale verifica di presupposti ulteriori, qui non indagati – sarebbe tuttavia difficile non cogliere la contiguità delle condotte stigmatizzate dalla Corte di Giustizia, nell’ illustrativa rassegna, con i comportamenti che, a titolo esemplificativo, l’ Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto consentanei all’ uso distorto dell’ in house, nella già menzionata esposizione dei risultati della recente indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani⁽⁹⁸⁾.

Intravedendo nel controllo analogo un fattore di innesco di potenziali conflitti di interesse⁽⁹⁹⁾ il rapporto, sulla scorta delle osservazioni compiute nel corso della verifica, ha avvertito che la peculiare compenetrazione organizzativa può ad esempio spingere le amministrazioni “ad affidare all’ impresa il servizio integrato di gestione dei rifiuti, comprendente anche l’ attività di smaltimento in discarica e di recupero energetico, in luogo della sola fase di raccolta”, con modalità atte a causare ingiustificate restrizioni della concorrenza nei mercati a valle⁽¹⁰⁰⁾.

Analogo pericolo di indebito condizionamento incombe sulla fase esecutiva, secondo il documento, quando le cointeressenze si prestano ad inquinare “l’ esercizio delle attività di controllo del soggetto affidatario e, in particolare (...) la verifica degli standard qualitativi del servizio e l’ approvazione dei piani economici e finanziari dei gestori, sulla base dei quali viene definita la tariffa posta a carico dei cittadini”⁽¹⁰¹⁾.

E’ possibile accada, avverte la relazione, che siano approvati “piani che prevedono l’ incremento della componente tariffaria relativa agli investimenti con il fine di ripagare più velocemente la costruzione degli impianti ad opera del gestore” con “evidente disparità nei confronti delle imprese private che operano soltanto nelle fasi a valle e che beneficiano di tariffe che non tengono conto nella medesima misura degli investimenti effettuati”.

A me pare che queste disfunzioni dell’ in house, il cui pericolo è stato giustamente denunciato dall’ Autorità, possano trovare una risposta istituzionale congrua e pertinente – vale la pena di ribadire – nell’ applicazione delle norme interne ed europee che prescrivono ai poteri pubblici di impedire che le loro imprese siano indotte ad abusare

⁽⁹⁷⁾ Sentenza 5 ottobre 1994, C-323/93, Societe civile agricole du Centre d’ insemmination de la Crespelle, punto 17.

⁽⁹⁸⁾ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani*, IC49, cit., par. 429 ss.

⁽⁹⁹⁾ Gli enti locali si trovano ad inarcare due ruoli potenzialmente antitetici giacchè gli enti locali (direttamente o con l’ intermediazione degli organi di governo dei gestori d’ ambito) “da un lato, in quanto rappresentanti dei soggetti beneficiari del servizio, agiscono (o dovrebbero agire) come soggetti regolatori dell’ efficacia e della qualità del servizio, e dall’ altro, in quanto proprietari e amministratori dell’ impresa che deve rendere il servizio, sono i soggetti regolati, interessati principalmente alla redditività dell’ investimento azionario”.

⁽¹⁰⁰⁾ “nella misura in cui la compensazione economica ricevuta dal soggetto affidatario per lo svolgimento dell’ attività di raccolta in privativa consente al soggetto integrato di finanziare la realizzazione degli impianti e di avere un più facile accesso ai rifiuti da conferire a detti impianti, rispetto ai soggetti privati che operano nei mercati a valle e che non godono di tale beneficio”; così par. 437 del documento.

⁽¹⁰¹⁾ Par. 438 del rapporto.

dei diritti esclusivi o speciali ottenuti, piuttosto che disconoscendo in radice la libertà di autoproduzione amministrativa, attraverso una lettura forzata della disciplina delle gare. Il discorso potrebbe ripetersi per la disciplina che vieta gli aiuti di stato, anch'essa applicabile agli affidatari in house ⁽¹⁰²⁾.

Giova incidentalmente notare che, stando alla Commissione Europea, il fatto che l'impresa incaricata del servizio di interesse economico sia stata scelta con procedura ad evidenza pubblica integra *de jure* una delle quattro condizioni *Altmark* ⁽¹⁰³⁾, la cui sussistenza permette alle erogazioni finanziarie pubbliche di assumere la fisionomia di compensazioni, anziché quella di sussidi vietati.

Ne discende che, in assenza di gara, insorge automaticamente una presunzione di aiuto, tutt'al più ammissibile sul presupposto della deroga di cui all'art. 106 par. 2 ⁽¹⁰⁴⁾.

Concludo il paragrafo notando che la struttura del ragionamento ora scandito, sia pure in una forma incompleta e introduttiva, in grado di indicare una direzione di approfondimento, più che organiche conclusioni, anziché relegare in toto la figura dell'autorganizzazione al terreno delle eccezioni, porta a riconoscere un variegato intervallo di relazioni possibili con la disciplina protettiva della concorrenza:

a) può accadere che la costituzione dell'in house non inneschi alcuna frizione, ad esempio perché non genera alcun rilevante privilegio ⁽¹⁰⁵⁾.

b) può succedere che l'in house prospetti un virtuale conflitto, ad esempio perché costitutivo di una posizione dominante, ex art. 102 TFUE, ma che sia dato dimostrare in concreto che non v'è ragione di temere effetti distorsivi della concorrenza, per l'inconfigurabilità di abusi, attuali o potenziali;

c) può capitare che l'in house confligga effettivamente con le norme protettive della concorrenza, perché suscettibile di sfociare in abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE, ma che tuttavia soccorra l'opportunità di invocare l'esenzione prevista dal successivo art. 106, par 2;

d) può infine darsi che l'affidamento in house prefiguri un impatto distorsivo della concorrenza non giustificabile nemmeno ai sensi dell'art. 106 par. 2 TFUE.

E' lecito supporre, a rigor di logica, che l'uso dell'istituto debba accompagnarsi ad accertamenti istruttori e adempimenti motivazionali diversi, via via più severi, nelle prime tre classi di casi.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM/2003/270, cit., ; D. U. GALETTA, H. C.H. HOFMANN, O. M. PUIGPELAT, J. ZILLER, *La concessione e il diritto europeo*, cit., p. 259 ss. par. 5 in part.; M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit.

⁽¹⁰³⁾ E' noto che la Sentenza della Corte di Giustizia 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, ha sistematizzato la materia.

⁽¹⁰⁴⁾ In questi termini F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 850, che richiama a sostegno Comm., 24.2.1999, *Kinderkanal*, GUCE, C 238/99.

⁽¹⁰⁵⁾ Stando all'impianto logico assemblato dagli art. 5, 6 e 7 del testo unico in itinere, la scelta di erogare prestazioni tramite società pubblica potrebbe ad esempio riguardare attività qualificate come pubblico servizio, in ragione dell'accertata presenza di motivi di fallimenti del mercato, fronteggiati però con misure correttive generali, ai sensi dell'art. 6, che lasciano spazio alla concorrenza tra imprese; non vedo ostacoli in linea di principio insuperabili all'evenienza che queste imprese siano pubbliche, oltre che private, posto che l'art. 4 del D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, pure attuativo della legge di riforma Madia, nel produrre l'elenco tassativo dei fini che possono giustificare la costituzione o il mantenimento di partecipazioni pubbliche, per il futuro, seguita ad includere la "produzione di un servizio di interesse generale" (comma 1 lett. a); la finalità è compresa tra quelle che, ai sensi del successivo comma 4, possono informare l'oggetto sociale delle società in house.

La quarta ipotesi conduce all'obbligo di gara, che tuttavia rappresenta non la causa, bensì l'effetto dell'occasionale impraticabilità dell'autoproduzione.

6. Osservazioni conclusive

E' giunto il momento di tornare all'art. 7 del decreto in itinere, impiegando la griglia concettuale sin qui elaborata per qualche considerazione critica e qualche osservazione conclusiva.

Conviene premettere due brevi notazioni di ordine sistematico.

Occorre prendere atto che la costituzione dell'in house si vede al momento passibile di contemporaneo assoggettamento a tre diverse discipline di riforma.

Se ne occupano infatti l'art. 192 del codice dei contratti ⁽¹⁰⁶⁾ l'art. 5 c. 1 del Testo Unico sulle società pubbliche ⁽¹⁰⁷⁾ e, prevedendo contenuti e itinerari procedurali ancora diversi, l'articolo 7 del decreto in itinere ⁽¹⁰⁸⁾.

Si imporrebbe dunque un coordinamento delle disposizioni, onde prevenire ridondanze, scollamenti ed evitabili aggravamenti, procedurali e sostanziali.

Ancora sul piano sistematico, colpisce il vuoto sui fenomeni di autoproduzione pubblica diversi dall'in house, come gli affidamenti a società collegata o ad altra amministrazione aggiudicatrice o i partenariati orizzontali ⁽¹⁰⁹⁾.

Passando ai contenuti dell'art. 7 commi 3 e ss., essi contemplan, come si è detto, moltiplicati oneri istruttori ed esplicativi, ove si tratti di perfezionare un affidamento in house.

⁽¹⁰⁶⁾ Il comma 1 dell'articolo prevede l'iscrizione degli affidatari in house ad apposito elenco, tenuto da Anac, mentre il comma 2 stabilisce che, in funzione della gestione in house di contratti aventi 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". Il comma 3 aggiunge che "sul profilo del committente nella sezione Amministrazione trasparente sono pubblicati e aggiornati, in conformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in formato open-data, tutti gli atti connessi all'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, ove non secretati ai sensi dell'articolo 162".

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 5 del D. Lvo 19 agosto 2016, n. 175, il quale dal canto suo stabilisce che ogni "atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica (...) deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato".

"La motivazione", aggiunge la norma "deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

Il comma successivo vuole che l'atto deliberativo di cui al comma 1 dia altresì atto "della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese".

L'ultimo periodo precisa che "gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica" mentre il comma 3 prescrive all'amministrazione di inviare l'atto deliberativo "alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato" in funzione dell'eventuale esercizio dei poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287

⁽¹⁰⁸⁾ Riportato in nota nel paragrafo introduttivo, cui si rinvia per la lettura.

⁽¹⁰⁹⁾ In tema, G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico - pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, *Federalismi.it*, 18/2015, www.federalismi.it

La previsione di una motivazione e di un'istruttoria rafforzata non costituisce di per se stessa una novità assoluta, nel panorama legislativo ⁽¹¹⁰⁾.

I più aggiornati orientamenti della magistratura amministrativa ⁽¹¹¹⁾ hanno espresso il convincimento che l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 34 c. 20 del D.L. 179/2012 ⁽¹¹²⁾ costituisca declinazione accettabile del principio di democraticità e trasparenza, quantunque "la scelta discrezionale, come tale, sfugga al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti" ⁽¹¹³⁾.

Assumendo che questa sia la cornice interpretativa entro cui va ambientata la lettura della norma in itinere, vorrei conclusivamente esprimere un timore e una perplessità.

Penso che – alla luce del principio di parità che abbiamo appurato insito al diritto europeo – la prassi giurisprudenziale si troverà a navigare tra Scilla e Cariddi, nello sforzo di prevenire, da un lato, il rischio che l'aggravamento motivazionale si traduca in fattore di asimmetria tale da preconstituire la scelta tra modelli, rendendo una delle opzioni incomparabilmente più pesante e controvertibile e, d'altro lato, il rischio

⁽¹¹⁰⁾ L'art. 34 c. 20 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221 (decreto sviluppo bis), ha stabilito che "per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

Ai sensi della comma 609 della legge 23.12.2014, n.190 (legge di stabilità 2015), nella relazione di cui all'articolo 34, comma 20, del D.L. 179/2012 "gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell'affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione, nell'ipotesi di affidamento in house, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio. Il piano economico-finanziario deve essere asseverato" da soggetti abilitati.

A commento degli sviluppi legislativi in tema di motivazione, M. SEBASTIANI, *Principi in materia di concorrenza e criteri di scelta delle modalità di gestione dei SPL*, cit., p. 44 s.

⁽¹¹¹⁾ Consiglio di Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1900; per una curata rassegna di posizioni giurisprudenziali anche diverse, D. U. GALETTA, H. C.H. HOFMANN, O. M. PUIGPELAT, J. ZILLER, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la spazialità del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, cit.; nota 135.

⁽¹¹²⁾ Nella parte in cui "impone un dettagliato e più aggravato onere motivazionale, subordinando la legittimità della scelta della concreta modalità di gestione dei servizi pubblici locali proprio alla redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste".

⁽¹¹³⁾ Su queste basi la pronuncia ha censurato l'affidamento in house controverso, così motivando: "la relazione ex art. 34, comma 20 (...) che pure c'è, in realtà non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi per contro ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria, ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179".

simmetrico che la dimostrazione, a priori, della convenienza (o meglio della "non svantaggiosità") dell'in house si risolve in confronti più virtuali che reali.

Il pericolo che le amministrazioni possano trovarsi a indugiare in esercizi di economia "alla lavagna" è accentuato, secondo me, dalla condizione di verosimile incertezza nella quale spesso si troveranno a valutare, a priori.

Proiezioni teoriche o indagini comparate possono ad esempio suggerire che le gare siano potenzialmente in grado di generare vantaggi, per l'attitudine a ridurre sprechi, innalzare l'efficienza, attrarre investimenti privati.

Ma un calcolo realistico dei costi e dei benefici pertinenti alla singola scelta dovrebbe allargare la valutazione alle condizioni al contorno, in concreto influenti sui risultati di ciascun alternativa.

Queste condizioni, come abbiamo visto ragionando sulle criticità della gara, possono dimostrarsi alquanto aleatorie.

Nella mia scarsa conoscenza della materia economica, mi chiedo sino a che punto sia davvero realistico e promettente lo sforzo di tradurre in numeri esatti, a priori, il peso delle difficoltà, dei costi di transazione, delle facili occasioni di controversia che, negli anni, gestori e amministrazioni potrebbero trovarsi ad affrontare per ad esempio garantire - secondo la generica previsione al momento contenuta nel comma 2 dell'art. 9 dello schema di decreto - il passaggio, dall'incumbent al nuovo entrante, degli impianti e delle dotazioni private occorrenti all'esercizio del servizio, in ipotesi di problematica reperibilità e magari estranee al novero delle *essential facilities*.

Il ragionamento potrebbe naturalmente essere applicato all'in house e alla sua presunta attitudine a presidiare la qualità e l'accessibilità dei servizi.

In breve, penso che in condizioni di incertezza le opzioni del decisore pubblico, a priori, potrebbero (giustamente) dipendere più da quel che egli si trovasse ad ignorare o a temere, che da quel fosse in grado di predire e di quantificare con attendibile precisione. Veniamo ai motivi di perplessità.

Essi nascono dalla struttura logica e letterale del comma 3 dell'art. 7 dello schema.

Procedendo per punti:

a) La norma parrebbe distinguere in due partizioni logiche le valutazioni propedeutiche alla giustificazione dell'*in house*; essa parrebbe più precisamente richiedere:

I. che siano illustrate le ragioni del mancato ricorso al mercato e che si dimostri che la scelta non è "comparativamente" svantaggiosa per gli utenti, anche in relazione ai costi standard,

"nonché"

II. che il modello gestionale prescelto assicuri benefici per la collettività, di ordine generale ("con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche").

Per comodità espositiva designiamo le due classi con le lettere **I** e **II**.

Alla luce dell'intercapedine letterale tra le due partizioni ("nonché"), volutamente evidenziata, nella grafica, il comma parrebbe richiedere la soddisfazione del requisito **I**, sempre e comunque, in aggiunta e indipendentemente dal requisito **II**.

In altre parole, sembrerebbero estranee alla previsione testuale possibilità di bilanciamento tra i due ordini di variabili, così che la somma di (**I** + **II**) risulti

comunque positiva. La norma parrebbe richiedere che **(I)** sia positivo e – in aggiunta – che anche **(II)** sia positivo.

Se così fosse, l'ipotesi di articolo potrebbe finir col comportare una restrizione delle opportunità astrattamente offerte dall'art. 106 par. 2 del TFUE; questa norma, infatti, sia pure esigendo il rispetto di un criterio di proporzionalità, non mi sembra precluda alle amministrazioni nazionali di valutare desiderabile che eventuali svantaggi economici e scostamenti da costi standard, a danno degli utenti, dovuti alla scelta di non esternalizzare, siano compensati da maggiori benefici collettivi in termini, ad esempio, di universalità, socialità o inclusione;

- b) credo sia fondato e condivisibile il rilievo contenuto nel parere del Consiglio di Stato, qui di seguito trascritto, coerentemente cauto nei passaggi dedicati al tema della conformità della bozza ai vincoli referendari:

“Lo schema di decreto in esame prevede (...) che la ragione che può condurre ad escludere il ricorso al mercato (ricorso effettuato in via diretta, attraverso la messa a gara del servizio, o in via indiretta attraverso il suo affidamento ad una società partecipata il cui socio sia stato scelto con procedura di evidenza pubblica), non sia il mero ostacolo alla missione dell'ente pubblico, ma il fatto che il ricorso al mercato porti minori vantaggi per gli utenti, per la collettività e per l'impiego delle risorse pubbliche.

Il giudizio che consente di non esternalizzare la produzione del servizio secondo lo schema di decreto in esame è dunque più selettivo rispetto a quello europeo, che consente deroghe alla concorrenza sulla scorta di una valutazione meno rigorosa, che deve limitarsi, come ricordato, alla presenza di un mero ostacolo”.

- c) se i rilievi contenuti nelle due lettere che precedono fossero condivisibili, dovremmo dedurre che il testo del comma 3 dell'art. 7 non si limita alla neutrale richiesta di una motivazione analitica delle scelte a confronto, ma reca insita una sottaciuta e critica restrizione dell'intervallo delle soluzioni ammesse dal diritto europeo;

- d) l'eventualità di questa restrizione appare tanto meno convincente in relazione alle ipotesi di affidamento in house che, enumerate nel paragrafo precedente, a rigore potrebbero non esser nemmeno tenute ad appellarsi a una giustificazione, ai sensi del par. 2 dell'art. 106;

- e) concludo con una notazione teoricamente capace di deporre a favore di un intervento legislativo oggi non completamente in linea con gli esiti referendari.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'indagine sui servizi nel settore dei rifiuti solidi urbani, ha giustamente evidenziato che l'attuale configurazione dell'in house, secondo le direttive del 2014 ⁽¹¹⁴⁾, comporta rischi di disordini supplementari, per la tutela della concorrenza ⁽¹¹⁵⁾.

Infatti oggi la normativa europea prevede la possibilità di una partecipazione di terzi alla compagine sociale (se prescritta da norme nazionali) e, a complemento, quantifica in una percentuale dell'80% il requisito dell'attività prevalente, prefigurando margini di libertà operativa sinora inediti (è chiaro che un quinto di una mole d'affari importante può a sua volta risultare significativa).

⁽¹¹⁴⁾ C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing, problemi vecchi e nuovi*, relazione tenuta nella 61° edizione del presente convegno di studi lo scorso anno, cit. <https://www.giustizia-amministrativa.it>

⁽¹¹⁵⁾ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani*, IC49, cit., par. 439 ss.

Presumo che, al cospetto di sostanziali modifiche della configurazione degli istituti sui quali a suo tempo è stata chiamata ad esprimersi la volontà popolare⁽¹¹⁶⁾ divenga lecita la scelta legislativa di tornare sulla materia con soluzioni indipendenti; queste soluzioni dovrebbero tuttavia esser parametrare alle specificità del cambiamento sopravvenuto, in una logica che non mi pare spicchi nella bozza di norma commentata.

⁽¹¹⁶⁾ Cui si aggiunge il cambiamento delle condizioni economiche e fattuali del contesto, a cinque anni di distanza; sul tema dei vincoli nascenti da referendum abrogativo in capo al legislatore, R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum (nota a Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 199)*, cit.