

Il principio di auto-organizzazione amministrativa previsto dal nuovo codice dei contratti pubblici*

di Fabrizio Figorilli

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Il principio di auto organizzazione nella prospettiva interna ed europea. – 3. il provvedimento di affidamento diretto ridefinito dal codice, ruolo della motivazione e i parametri posti a base della scelta. – 4. in house e servizi pubblici locali di interesse economico generale nel d.lgs. 201/2022. – 5. le possibili forme di cooperazione fra stazioni appaltanti.

1. *Premessa*

Tra le novità che caratterizzano la novella introdotta con il D.Lgs. n. 36/2023, un posto di sicuro rilievo merita la scelta precisa, da parte del legislatore, di inaugurare la nuova disciplina con la definizione dei principi che regolano l'intera materia. Al riguardo, non sfugge l'opzione esercitata in tale sede e consistente nel riservare uno spazio preciso al c.d. principio di auto-organizzazione, di fatto cogliendo l'opportunità per mettere un punto fermo in un settore che a lungo ha alimentato dibattiti e prese di posizione (tra loro non sempre univoche) in ordine alla possibilità delle amministrazioni appaltanti di affidare a società *in house* l'esecuzione di lavori, ovvero lo svolgimento di servizi e forniture.

In questa prospettiva, l'art. 7 del nuovo Codice dei contratti pubblici si fa carico di fornire delle indicazioni utili ad inquadrare le vicende connesse al fenomeno dell'autoproduzione alla luce delle regole dell'ordinamento europeo sulla scia dei ripetuti e ben noti interventi del giudice del Lussemburgo, nonché della disciplina interna, oggetto di frequenti interventi del legislatore a loro volta sottoposti all'attento vaglio del giudice amministrativo, nonché della Consulta.

Ne emerge un quadro, sufficientemente articolato, all'interno del quale l'interprete è costretto a muoversi – auspicabilmente con rinnovata agilità e sicurezza – mettendo insieme tutte le tessere di un mosaico che solo qualche mese prima, in occasione della riforma in materia di servizi

* Il testo del presente contributo verrà inserito nel Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici curato da S.Cimini e A.Giordano di prossima pubblicazione.

pubblici locali di interesse economico generale, ha introdotto una serie di prescrizioni solo apparentemente differenti ma che necessariamente devono essere lette e coordinate con quelle qui prese in considerazione.

Infine, una particolare attenzione deve essere dedicata alla possibilità, prevista nell'ultima parte della disposizione che affronta le problematiche oggetto del presente studio, di consentire forme di collaborazione tra amministrazioni appaltanti individuando con sufficiente esattezza le condizioni in grado di derogare alla disciplina ordinaria per l'affidamento dei contratti pubblici.

2. *Il principio di auto-organizzazione nella prospettiva interna ed europea*

Come appena accennato in premessa, l'art. 7 detta in apertura le coordinate attraverso le quali il legislatore ha voluto orientare la lettura di un principio pacifico in materia di contratti pubblici, e cioè quello di auto-organizzazione. Ed in questo senso si è espressa un'attenta dottrina che ha definito quest'ultimo come "principio recinto"¹, confermando così una regola che da sempre accompagna l'attività delle amministrazioni in tale specifico settore, sebbene, nel nostro caso venga collegata "al rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3". Sembra dunque questa la prospettiva da considerare, come tale idonea a delimitare il perimetro all'interno del quale valutare i diversi ambiti oggetto dell'intervento riformatore.

Partendo dal piano della disciplina interna, non va sottovalutata una specificazione importante, in grado di fornire ulteriori elementi di valutazione, posto che il rinvio testualmente contenuto nei termini appena riportati è in linea con quanto testualmente affermato al successivo art. 4, allorché il legislatore ha avvertito l'esigenza di puntualizzare come "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base

¹ L'originale definizione è stata coniata recentemente da M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI- H. SIMONETTI, (a cura di) *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023, n. 36)*, Città di Castello, 2023, 20-21, dove l'A., dopo aver spiegato la finalità dei c.d. "principi recinto" consistente nel "segnare il perimetro entro il quale le norme del codice sono destinate a trovare applicazione", attribuisce al legislatore l'intento di ribadire l'orientamento della Corte Costituzionale in ordine alla compatibilità degli affidamenti *in house* rispetto alla disciplina delle procedure disciplinate dal Codice dei contratti. Su questi aspetti v. comunque *infra*.

ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3². Come meglio si avrà modo di dimostrare nel corso dell'indagine, è questo un dato di rilevante per verificare se, e fino anche punto, la riforma abbia ribaltato il criterio precedente che vedeva un netto *favor* per l'affidamento all'esterno di lavori, servizi e forniture, relegando (per l'effetto) a ipotesi di eccezione i casi di autoproduzione.

Indubbiamente viene riaffermata l'autonomia che caratterizza le scelte dell'amministrazione in tale settore, sebbene in passato l'applicazione di detto principio avesse rappresentato l'occasione per eludere, in buona sostanza, le regole di libera concorrenza, creando così una sorta di corto circuito con i criteri imposti dal rispetto dei parametri comunitari.

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo profilo che la novella sancisce una tendenziale equidistanza tra le varie forme di affidamento dei contratti pubblici, ivi compresa la collaborazione tra enti disciplinata espressamente nell'ultimo comma dell'art. 7 del D.lgs. n. 36/2023². In altre parole, il co. 1 di detta disposizione sembra riproporre, ancorché in maniera molto sintetica, la chiara indicazione già presente nella Direttiva UE del 2014 proprio con riferimento al "principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche "in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione"³.

Sul punto preme altresì richiamare quanto ribadito a più riprese dal giudice del Lussemburgo⁴, recentemente sollecitato anche dal nostro Con-

² Cfr., sul punto, quanto verrà meglio rappresentato al successivo § n. 5.

³ Cfr. art. 2, Direttiva 2014/23/14UE, secondo la quale "la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un levato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici".

⁴ Intendiamo fare riferimento alla ormai celebre ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020 in C-89/19- 90/19, C- 91/19-Rieco Spa con cui è stata ripresa l'interpretazione dell'art. 12, § 3 della Direttiva n. 2014/24/UE già contenuta nella sentenza c.d. Irgita, nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche contratto *in house*, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività derivanti dal ricorso all'operazione interna; al riguardo v. anche le pronunce richiamate alla successiva nt. 6.

siglio di Stato⁵ con una richiesta di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, non a caso, i margini di libertà di cui godono le stazioni appaltanti nell'individuare le forme ritenute più idonee per stipulare contratti pubblici. La Corte di Giustizia ha fornito al riguardo una lettura puntuale dell'art. 12 della Direttiva da ultimo ricordata, evidenziando come quest'ultima "... non ha privato gli stati membri della libertà di privilegiare una modalità di prestazione dei servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito delle altre. Una siffatta libertà, infatti, implica una scelta che si effettua in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione di un appalto e che, pertanto, non ricade nella sfera di applicazione della direttiva 2014/14"⁶. Fermo restando che il principio di auto-organizzazione deve comunque osservare il limite rappresentato dal rischio di un sostanziale aggiramento delle regole che assicurano la concorrenza a danno dei soggetti privati⁷.

È dunque sulla scia di tali conclusioni che il giudice europeo non ha rilevato alcun contrasto con il Trattato delle precedenti regole contenute all'art. 34, co. 20, d.l. n. 179/2012, poi ripreso dall'art. 192, D.lgs. 56/2016 (oggi abrogato dal nuovo Codice), nonché dall'art. 5, T.U. società partecipate, laddove l'opzione per gli affidamenti *in house* veniva sottoposta ad un onere motivazionale c.d. rinforzato, allo scopo di illustrare le ragioni della impossibilità di ricorrere ad operatori esterni in quanto tale scelta si presenterebbe vantaggiosa per la comunità di riferimento.

Infine, nella stessa direzione si colloca il nostro Giudice delle leggi chiamato a pronunciarsi a margine di una vicenda che ha posto la questione della possibile illegittimità delle scelte del legislatore proprio

⁵ V., in merito, Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296 (ordd.).

⁶ Così, testualmente, Corte di Giustizia, sez. V, 22 dicembre 2022, C383/21 e C384/21, § 45, contenti anche puntuali richiami alla "sentenza del 3 ottobre 2019, *Irgita*, C285/18, EU:C:2019:829, punto 44; ordinanze del 6 febbraio 2020, *Pia Opera Croce Verde Padova*, C11/19, EU:C:2020:88, punti 41 e 47, nonché del 6 febbraio 2020, *Rieco*, da C89/19 a C91/19, EU:C:2020:87, punti 33, 39 e 40".

⁷ Condivide questa lettura B. MAMELI, *In house providing – Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur.it.* 2020, 1731 ss., la quale opportunamente richiama il punto 37 della sentenza *Rieco*, cit., secondo cui "la libertà degli stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE".

con riferimento agli aspetti da ultimo richiamati⁸. Più precisamente, la Consulta ha ritenuto pienamente legittimo il contenuto dell'art. 192 del vecchio Codice dei contratti, sia con riferimento alla piena compatibilità di detta disposizione con il divieto di c.d. *gold plating* (a sua volta ricompreso tra i criteri direttivi del D.lgs. n. 50/2016), sia chiarendo che lo speciale onere motivazionale imposto alle stazioni appaltanti che volessero ricorrere al modello *in house* “risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della concorrenza”⁹.

In questo contesto, per forza di cose tratteggiato per sommi capi, vanno pertanto inserite le considerazioni che seguono con riferimento alle modalità procedurali che la nuova disciplina impone alle amministrazioni nell'ipotesi di affidamento al proprio interno di contratti pubblici.

3. *Il provvedimento di affidamento diretto ridefinito dal codice, ruolo della motivazione e i parametri posti a base della scelta*

Occorre adesso prendere in considerazione quanto disciplinato nel comma 2 dell'art. 7 che, ancora una volta, offre l'occasione al legislatore per ritornare sul tema dell'*in house providing*.

Le vicende che hanno accompagnato questa tematica sono troppo note per poter essere ricostruite anche in questa occasione¹⁰. E ciò, ancora una volta, sia con riferimento alla lettura dell'istituto che è stata fornita nel tempo dalla Corte di Giustizia che dal giudice amministrativo interno.

Ci soffermeremo, pertanto, solo su alcuni aspetti, tuttora oggetto di riflessioni ed approfondimenti tanto sul piano teorico che in sede applicativa.

Sicuramente la nuova disciplina va nella direzione di un (parziale)

⁸ Intendiamo fare riferimento a Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100.

⁹ Così, testualmente, Corte Cost. n. 100/2020, cit., secondo cui da detta affermazione consegue che la disposizione sospettata di incostituzionalità da parte del Tar Liguria (quale organo remittente) non è in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1, co. 1, legge delega n. 11/2016, come tale ricompreso nei normali margini di discrezionalità di cui gode il legislatore delegato nell'attuazione dei criteri di delega sopra ricordati.

¹⁰ La letteratura sul tema è sterminata, per cui le citazioni che seguiranno si limiteranno agli autori che hanno affrontato le tematiche strettamente connesse alla nuova disciplina codicistica.

alleggerimento degli elementi che devono essere analizzati e spiegati rispetto alle regole dettate in materia dal precedente codice.

Più in particolare, viene meno l'elenco istituito presso ANAC delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società¹¹. Come espressamente indicato nel testo oggi abrogato dalla riforma, l'obiettivo era quello di fornire ulteriori strumenti in grado di assicurare un livello maggiore di pubblicità e trasparenza. Allo stesso tempo, come spesso accade, l'aumento delle garanzie si traduce un incremento degli oneri procedurali determinando altresì una maggiore complessità dell'azione amministrativa, per cui non è da escludere che la decisione di sopprimere tale passaggio sia da collegare agli intenti semplificatori e di velocizzazione sottesi al principio del risultato nei termini sopra accennati.

Tuttavia, ciò che rimane al centro delle novità che sembrerebbero caratterizzare il nuovo testo è il ruolo attribuito alla motivazione del provvedimento con cui l'amministrazione decide di affidare a proprie società l'esecuzione di lavori, ovvero lo svolgimento di servizi e forniture.

Sono altrettanto note le discussioni sorte a margine dell'obbligo di "motivazione rinforzata" già presente nel D.lgs n. 50/2016, consistente in un ulteriore requisito rispetto a quelli già previsti dall'ordinamento europeo per legittimare il ricorso al modello *in house providing*¹². Di qui la necessità di raggiungere un punto di equilibrio in materia, nel tentativo di ricostruire le coordinate di una disciplina che, ancora oggi, continua ad essere regolata in almeno tre testi normativi, di fatto vanificando – sotto questo aspetto – quegli intenti di semplificazione da ultimo evocati.

Il risultato di tale operazione ha indotto il legislatore a richiedere una motivazione che, rispetto al passato, non comporti più la necessità di

¹¹ Questo, in estrema sintesi, l'obbligo introdotto ai sensi dell'art. 192, co. 1, D.lgs n. 50/2016.

¹² Per una sintesi efficace e per una ricostruzione in chiave critica di detta problematica si rinvia al bel lavoro di A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *Federalismi.it*, n. 29/2023, il quale, molto opportunamente, sottolinea come le disposizioni antecedenti l'entrata in vigore del D.Lgs n. 36/2023 lasciassero trasparire (giustificando tale giudizio sulla scorta di puntuali riscontri giurisprudenziali *cuis per praticità* si fa rinvio) una evidente predilezione per un'impostazione pro-concorrenziale ad opera del legislatore italiano.

dimostrare le ragioni che determinano il fallimento delle soluzioni esterne, consentendo così aperta l'opzione in favore del ricorso all'autoproduzione. Risulta espunto, infatti, il riferimento espresso al "ricorso al mercato", già presente nell'art. 192, D.lgs n. 50/2016, lasciando intendere che il nuovo parametro di riferimento utile a definire i "vantaggi per la collettività" è quello della "congruità economica della prestazione", da declinare in funzione del raggiungimento degli "obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione", in un quadro d'insieme capace di assicurare "celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche"¹³.

Tuttavia, sulla base di un'analisi sinottica, non c'è molta differenza tra i due testi in quanto, ad eccezione del riferimento – giovi ribadirlo – alle "ragioni del mancato ricorso al mercato", la riforma ripropone con le stesse parole gli elementi che l'amministrazione appaltante deve necessariamente valutare¹⁴.

Peraltro, tale linea di tendenza era già presente all'interno della disciplina varata in occasione del PNRR il quale ha previsto forme di motivazione più alleggerite (rispetto a quella codificata dall'art. 192, cit.), proprio nella prospettiva di scegliere le soluzioni più idonee ad assicurare tempi rapidi e risparmi economici da comparare rispetto a *standard* nazionali o regionali¹⁵. L'aver riprodotto questa impostazione nel D.lgs. n. 36/2023 rappresenta un salto di qualità, consistente nell'estensione di una regola dettata per soddisfare esigenze specifiche causate dalla grave emergenza

¹³ Queste, testualmente, le precisazioni contenute nel testo del co. 2, art. 7 del nuovo Codice dei contratti.

¹⁴ La seconda parte del co. 2, art. 192, cit. così si esprimeva: "... le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

¹⁵ Cfr. art. 10, co. 3, dl 31 maggio 2021, n. 77, secondo cui "Ai fini dell'articolo 192, co. 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, di Consip SpA e delle centrali di committenza regionali".

sanitaria degli anni scorsi¹⁶ ad una disciplina di carattere più ampio, nell'intento di superare alcuni impedimenti che da tempo caratterizzano l'azione amministrativa in materia di contratti (primo fra tutti imprimere una forte accelerazione nella realizzazione degli investimenti pubblici).

Pertanto, non del tutto condivisibili risultano quelle prese di posizione¹⁷ che hanno intravisto, con eccessivo favore, il ritorno ad un'autonomia piena dell'impiego delle strutture *in house*, quasi si trattasse di un ritorno al passato. Al contrario, il nuovo Codice propone una rivisitazione della materia, mondata da riferimenti troppo espliciti all'obbligo di esplorare tutte le possibilità per affidare all'esterno la realizzazione di opere o la prestazione di servizi e forniture, imponendo comunque di valutare attentamente ed illustrare puntualmente le ragioni che hanno portato alla scelta dell'affidamento diretto, sulla base dei parametri sopra richiamati. Il che, in buona sostanza, non potrà esimere l'autorità dallo spiegare, alla luce di dati tecnici ed economici esaurienti, il motivo che ha comportato l'esclusione della soluzione esterna.

Sicuramente meno impegnativo l'onere motivazionale nell'ipotesi di “prestazioni strumentali”, posto che la scelta maturata in tale direzione potrà anche essere effettuata mediante il ricorso ad una semplice comparazione con dati e *standard* forniti da Consip S.p.A, ovvero dalle altre centrali di committenza¹⁸. Più precisamente, la stazione appaltante potrà giovare di indicatori direttamente calcolati da soggetti esterni (ed in assenza dei dati ufficiali fare riferimento agli “standard di mercato”), con ciò rendendo nettamente più agevole la redazione della motivazione che vede nel vantaggio economico l'elemento centrale da considerare, unitamente alle ricadute in termini di “economicità, celerità o di perseguimento degli

¹⁶ Come tale applicabile alle sole opere, forniture e servizi realizzabili attraverso l'impiego delle risorse collegate al Piano medesimo.

¹⁷ Con riferimento alle più recenti innovazioni previste dalle misure di rilancio economico dell'economia del Paese dell'ultimo periodo in chiave di semplificazione e di raggiungimento degli obiettivi individuati dai pubblici poteri alla luce delle nuove disposizioni previste dal D.lgs. 36/2023, v. la lettura fornita da I. CAVALLINI, E. RIVOLA, M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, in *Azienditalia*, 2022.

¹⁸ Si sofferma sull'importanza e sulla volontà del legislatore di rendere più agevole il compito delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'affidamento delle prestazioni strumentali, anche nella prospettiva di contenere il contenzioso, A. MALTONI *Oneri motivazionali ...*, cit., 43.

interessi strategici”.

Provando a ricomporre le tessere di un mosaico sufficientemente articolato, emerge con chiarezza che nel nuovo *corpus* normativo il ruolo della motivazione negli affidamenti diretti assume (apparentemente) una diversa consistenza a seconda che l'affidamento diretto avvenga in via ordinaria, riguardi i servizi di natura strumentale, ovvero abbia ad oggetto un servizio pubblico locale di interesse economico per il quale il legislatore ha recentemente riservato una disciplina speciale oggetto del rinvio espresso contenuto al comma 3 dello stesso art. 7.

Sebbene tutto questo non vada nella direzione di una reale semplificazione – considerata la circostanza che tale materia è disciplinata all'interno di tre distinte fonti normative (peraltro tutte di carattere generale) – sembra potersi scorgere l'intento del legislatore di differenziare gli oneri motivazionali¹⁹ sulla base delle diverse situazioni in cui l'opzione tra auto-produzione ed esternalizzazione viene ad essere esercitata²⁰.

4. *In house e servizi pubblici locali di interesse economico generale nel d.lgs. 201/2022*

Occorre adesso prendere in considerazione il rinvio alla disciplina speciale in materia di servizi pubblici locali di interesse generale, introdotta dal legislatore solo qualche mese prima con il D.Lgs n. 201/2022 ed espressamente richiamata nel testo della disposizione dedicata al principio di auto-organizzazione nel settore più generale dei contratti pubblici.

Sotto questo profilo, di sicuro interesse si presentano quelle disposi-

¹⁹ Giustamente preoccupato il giudizio espresso da A. MALTONI, *op.loc.cit.*, il quale descrive l'attuale *puzzle* normativo in materia di *in house* come un “quadro piuttosto frastagliato ed anche disarmonico, essendo previsti ben tre diversi oneri motivazionali delineati in base ad un criterio di tipo ‘orizzontale’, ossia che fa riferimento al diverso ambito prestazionale oggetto di affidamento (i.e.: distinguendo tra SIEG che non costituiscono oggetto di affidamento da parte di enti locali e servizi strumentali), e di criterio di tipo ‘verticale’, basato sul valore economico del contratto, riguardante i SIEG affidati agli enti locali e dagli enti di ambito sovraumunale”.

²⁰ Efficace la rappresentazione che ne fa B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 2023, 1283 ss., allorché l'A. ripercorre in maniera innovativa l'evoluzione dell'istituto, soffermandosi sulle diverse prospettive discendenti dai diversi testi normativi in cui tutt'ora oggi è distribuita la disciplina su cui si basa la scelta tra “*make e buy*”.

zioni della riforma che indicano, con inequivocabile chiarezza, l'*iter* logico giuridico che l'ente locale è tenuto ad osservare sia con riferimento alla decisione volta ad attivare un pubblico servizio di natura non obbligatoria, sia in ordine alla scelta delle relative modalità di gestione.

Quanto al primo aspetto, la nuova disciplina contiene una direttiva estremamente chiara, in grado di circoscrivere sensibilmente lo spazio valutativo riconosciuto in passato all'autorità procedente, fonte di quelle distorsioni in precedenza criticate. In questo senso va letta la possibilità di istituire "servizi di interesse economico generale diversi da quelli già previsti dalla legge in esito ad apposita istruttoria, avviata anche su istanza di cittadini e imprese, da cui risulti, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili"²¹, lasciando intendere come la via che si intende perseguire sia quella di un robusto ridimensionamento dei margini discrezionali a disposizione dell'amministrazione procedente.

Trattasi, in altre parole, di un ulteriore passo in avanti in quanto le verifiche e gli accertamenti che l'ente locale è tenuto ad effettuare, prima di emanare le proprie determinazioni, assumono un ruolo centrale²². Pertanto, la previsione di un momento così articolato e complesso, all'interno del quale deve confluire una consistente mole di dati conoscitivi, si rivela imprescindibile per una corretta valutazione del pubblico interesse della collettività di riferimento, contribuendo ad una definitiva procedimentalizzazione dell'intera vicenda.

La fondatezza di tale affermazione trova indiretta conferma nel fatto che la determinazione finalizzata all'istituzione di un nuovo servizio pubblico si configura sempre più come la logica conseguenza di una reale ponderazione comparativa tra le differenti opzioni astrattamente esercitabili, costringendo l'ente locale a decidere sulla scorta di tutti gli elementi emersi nel corso delle verifiche preliminari²³, dandone poi conto nella

²¹ Sono questi, in estrema sintesi, i passaggi più significativi contenuti nell'art 10, co. 3 e 4, D.Lgs 22 dicembre 2022, n. 201.

²² Tutto ciò nonostante la versione approvata dal Consiglio dei Ministri non abbia integralmente riprodotto la formulazione contenuta nella bozza redatta dalla Commissione incaricata di predisporre il testo poi approvato dal Governo (coordinata dal Prof. G. CAIA), nel quale veniva specificato che: "La verifica preliminare sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica costituisce atto presupposto di tutte le deliberazioni dell'ente locale per l'organizzazione o la promozione dei servizi pubblici" (cfr. art. 18, co. 4).

²³ Merita sottolineare come, non a caso, nella bozza di lavoro richiamata alla nt.

motivazione analitica che dovrà accompagnare la decisione finale ²⁴.

In definitiva, il percorso ridisegnato dal legislatore può, a pieno titolo, essere ricondotto entro i classici binari delle potestà discrezionali attribuite dall'ordinamento ai pubblici poteri laddove questi ultimi siano chiamati ad emanare provvedimenti diretti a conformare le situazioni soggettive dei singoli destinatari.

Di conseguenza, alla luce di tale ultima considerazione, possiamo infine ipotizzare come l'attrazione nell'orbita dello statuto del procedimento amministrativo delle deliberazioni in materia di istituzione dei servizi pubblici locali debba necessariamente comportare l'osservanza di alcuni principi che da oltre trent'anni presidiano le modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Di qui la necessità, rinvenibile in più disposizioni della recente disciplina, di imporre un obbligo di motivazione sempre più stringente, non solo per soddisfare le evidenti esigenze di pubblicità e trasparenza in un settore così importante e delicato per la vita dei cittadini, ma anche predisporre uno schema decisionale frutto di un percorso assai diverso rispetto al passato.

Per altro verso, il D.lgs n. 201/2022 contiene spunti meritevoli di attenzione anche per quanto attiene l'importante tematica delle modalità di gestione dei servizi pubblici, individuando dei criteri che gli enti locali devono considerare allorché sono chiamati a pronunciarsi su tale delicata questione.

Va subito detto che trattasi di un logico corollario di quanto appena accennato in ordine alla fase che precede l'istituzione del servizio pubblico nei termini sopra ripercorsi.

precedente, l'art. 18 fosse stato intitolato "Verifiche preliminari per l'organizzazione e per la promozione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", e ciò in quanto, all'interno di detta disposizione, venivano indicati con precisione tutti gli elementi che si sarebbero dovuti considerare nell'ambito di una "ricognizione gestionale quantitativa dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori e l'estensione quantitativa dell'impiego del modello dell'autoproduzione nonché gli oneri e l'impatto economico-finanziario conseguentemente gravanti sull'ente locale" (cfr., testualmente, art. 18, co. 1, bozza cit.).

²⁴ Sottolinea bene l'importanza che deve essere attribuita all'art. 17, co. 2 e 5, D.lgs 201/2022 A. MALTONI, *op.cit.* 44-45, il quale evidenzia la sostanziale continuità tra detta disposizione e l'art. 192, co. 2, D.lgs 50/2016 e, sottolineando la vera novità della riforma consistente nella valutazione di "... elementi di carattere economico ed elementi qualitativi inestricabilmente connessi gli uni agli altri", al punto da "comporre un quadro unitario, che deve sostanziare la decisione dell'amministrazione pubblica di autoprodurre".

Più precisamente, tra gli aspetti da considerare, l'indicazione puntuale degli elementi che necessariamente devono essere valutati dall'ente locale per deliberare la modalità di gestione ritenuta più idonea, e con essa la "definizione del rapporto contrattuale"²⁵. Trattasi, in buona sostanza, di una serie di parametri estremamente precisi ed esaustivi, in grado di tracciare il percorso che l'autorità locale è tenuta ad osservare per individuare il tipo di gestione ritenuto più idoneo allo svolgimento di un determinato servizio.

Tutto ciò si traduce in una valutazione preliminare (all'avvio della procedura di affidamento) che gli enti locali sono chiamati ad effettuare espressamente, alla luce dei "... risultati della eventuale gestione precedente e del medesimo servizio sotto il profilo della finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati"²⁶, fornendone adeguato riscontro in sede di motivazione²⁷.

Ed è proprio su questo decisivo momento che il legislatore ha ritenuto di dover ancora una volta insistere richiedendo, con riferimento alla disciplina degli affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, "una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse

²⁵ È questa la precisazione contenuta all'art. 14, co. 2, D.lgs. 201/2022, cit., dove testualmente si afferma che "... l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili ...".

²⁶ Cfr., ancora, l'ultima parte dell'art. 14, co. 2, cit.

²⁷ "Degli esiti della valutazione di cui al co. 2, si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione contenente le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, insieme all'illustrazione degli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensazioni"; così, testualmente l'art. 14, co 3, D.lgs n. 201/2022, cit.

gestioni *in house* ...”²⁸.

Dalla semplice lettura di tali passaggi emerge con chiarezza la scelta di campo tesa a realizzare una netta riduzione dei margini discrezionali a disposizione dell’amministrazione locale, quale diretta conseguenza della puntuale indicazione degli elementi che devono concorrere alla scelta dell’ente in ordine al tipo di gestione prescelta, confermando lo strumento dell’obbligo di motivazione rafforzata che tante discussioni ha suscitato nel corso degli anni in seno alla giurisprudenza interna ed europea.

In questa prospettiva, la nuova disciplina introdotta nel 2022 dovrebbe condurre al superamento di gran parte delle incertezze che hanno accompagnato le soluzioni adottate per definire molte controversie aventi ad oggetto il ricorso all’autoproduzione per l’espletamento di servizi pubblici locali, in luogo del ricorso al mercato²⁹.

Senza con ciò ripercorrere le linee evolutive (peraltro non sempre orientate nella stessa direzione) che hanno fin qui connotato il modello degli affidamenti diretti, è possibile rinvenire negli interventi legislativi

²⁸ Cfr., testualmente, l’art. 17, co. 2, Dlgs n. 201/2022, cit.

²⁹ Descrivono bene le opposte tendenze che negli ultimi decenni hanno condotto ai ripetuti e spesso contraddittori interventi legislativi M. RENNA, S. VACCARI *I servizi pubblici locali di interesse di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SCIULLO, G. SALA (a cura di) *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli 2017, 178-179; per una ricostruzione molto dettagliata (ancorché basata sulle tendenze già in atto oltre un decennio addietro) del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti derivanti al potere discrezionale delle amministrazioni locali in merito alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, si rinvia a C. IAIONE, *Le società in house – Contributo a uno studio dei principi di autorganizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli 2012, 131 ss.

dell'ultimo periodo³⁰ una sorta di equilibrio precario³¹ tra l'esigenza di individuare, per un verso, dei criteri in grado di vincolare la scelta delle amministrazioni a valutazioni concrete (quali la compatibilità economica del servizio, unitamente alla sua efficienza e convenienza anche in termini di qualità³² e utilità sociale); per altro verso, facendo leva sul principio di autonomia delle autorità territoriali, lasciare a queste ultime ampi margini di scelta³³, con tutto ciò che ne deriva sulle decisioni ispirate prevalentemente da obiettivi di natura prettamente politica.

In questo senso la diversità di orientamenti formati proprio con riferimento alla questione della motivazione della determinazione che approva l'impiego del modello *in house* è la dimostrazione più evidente

³⁰ Fermo restando il preciso intento del legislatore di ancorare la scelta di istituire un servizio pubblico locale a valutazioni economico-finanziarie nei termini già ricordati alla nt. 19, è sufficiente in questa sede richiamare i provvedimenti normativi degli ultimi anni, a partire dal D.Lgs 175/206 (T.U.S.P) e al coevo D.Lgs n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), per poi arrivare alla serie di interventi (con cadenza annuale) dettati dalla grave crisi pandemica che hanno condotto al D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici); al D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale); al D.L. 312 maggio 2021, n. 77 (*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure); alla legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per la concorrenza e il mercato).

³¹ Nonostante i ripetuti tentativi compiuti dal legislatore negli ultimi anni di pervenire ad un superamento della cronica instabilità, riprendendo una felice e celebre definizione coniata da F. MERUSI (*Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990) c'è da augurarsi che l'approvazione della riforma contenuta dello schema di D.lgs del Governo possa andare in porto e non subire le battute di arresto riservate nel 2016 ad analoga iniziativa intrapresa in attuazione della delega già prevista ex art. 19, L. n. 124/2015.

³² Sulla qualità delle prestazioni come vero e proprio "principio di organizzatore dei servizi pubblici", particolarmente significative, tenuto conto del periodo in cui sono state formulate, si presentano le considerazioni di G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI, A. ROMANO, G. PERICU, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2001, 962; sul rilievo di detto principio anche sul piano costituzionale cfr. G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici* cit., 203.

³³ Propendono per tale interpretazione. CAVALLINI, E. RIVOLA, M. ORSETTI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR... cit.*; M. PANI, C. SANNA, *Le società in house nel nuovo codice dei contratti*, in *Lexitalia*, 2023.

delle difficoltà, da parte degli interpreti, di muoversi all'interno di un reticolo di disposizioni tra loro spesso mal collegate³⁴.

Si pensi all'applicazione che negli anni è stata fatta dell'obbligo di giustificare e rendere conoscibile la scelta della modalità di gestione da parte dell'ente affidante e della conseguente individuazione del soggetto gestore. Da un lato, abbiamo assistito ad un totale disconoscimento di detto obbligo, muovendo dall'assunto che la stessa Corte di Giustizia non richiederebbe una forma particolare di motivazione, trattandosi di una forma ordinaria di provvedimento con cui affidare concretamente il servizio, separandola – peraltro in via del tutto artificiosa e non condivisibile – da quella inerente la modalità di gestione medesima³⁵. Allo stesso tempo, nonostante in passato lo stesso Consiglio di Stato si fosse dimostrato di diverso avviso³⁶, tale indirizzo si è venuto consolidando.

È forse per tali ragioni che con due disposizioni specifiche³⁷ si è voluta puntualizzare la necessità di riproporre una motivazione rafforzata nell'ipotesi di affidamento *in house*. Tuttavia, non sono mancate – anche di recente – prese di posizione nelle quali, pur riaffermando la necessità di spiegare le ragioni della scelta effettuata, a tale adempimento è stato attribuito un valore meramente formale e non sostanziale³⁸.

³⁴ Emblematico è il caso del differente approccio riservato dal legislatore in occasione dell'entrata in vigore delle modifiche apportate alla materia dell'*in house* da oltre un decennio, all'interno delle quali sembra potersi scorgere una sorta di predilezione, da parte delle amministrazioni locali, per i procedimenti di gara volti all'individuazione dell'aggiudicazione del servizio; ciò non di meno, se si legge con attenzione quanto sancito ex art. 4, co. 4, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (T.U.S.P.), l'impressione che se ne ricava è quella diametralmente opposta di un totale sostegno a favore degli affidamenti diretti a società *in house*; in questo senso v., da ultimo, A. GIUSTI *Commento all'art. 192, D.Lgs. n. 50/2016*, in G. FERRARI (a cura di) *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2022, 3307.

³⁵ Affermazione contenuta all'interno di un'articolata pronuncia del TAR Lombardia, sez. III, 12 gennaio 2015, n. 98, nonostante fosse già in vigore l'art. 1, co. 609, L. 23 dicembre 2014, n. 190 che indica con precisione gli elementi che l'ente locale è tenuto a considerare, predisponendo una dettagliata relazione che “deve comprendere un piano economico-finanziario ...” Su questi aspetti si rinvia alle perplessità già manifestate da F. BACOCOLINI *La gestione del servizio idrico integrato dopo le misure urgenti in materia ambientale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2015

³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; Id., sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

³⁷ Intendiamo fare riferimento all'art. 34, co. 20, D.l. 18 ottobre 2012, n. 221, e all'art. 192, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016.

³⁸ In questo senso vedasi TAR Abruzzo-Pescara, 27 marzo 2018, n. 124 (poi rife-

Allo stesso tempo, non vanno ignorati quegli orientamenti che, viceversa, hanno sottolineato la centralità e l'importanza dell'elemento motivazionale nelle fattispecie che qui interessano, stigmatizzando il comportamento degli enti che si sono limitati a prendere in considerazione solo parametri astratti, nell'intento di giustificare la scelta finale sulla base di dati inidonei, in assenza delle valutazioni richieste dalla normativa vigente. Tutto questo in un contesto più generale, all'interno del quale l'individuazione della modalità di gestione di un servizio pubblico locale viene pacificamente ricondotta all'esercizio di una potestà discrezionale, come tale finalizzata "... alla tutela di un interesse generale e al perseguimento degli obiettivi di universalità, e socialità, di efficacia ed economicità del servizio"³⁹.

Qualche dubbio, infine, sembra potersi ricavare da un raffronto tra il testo predisposto dalla Commissione Caia e quello poi sottoposto all'esame ed approvato dal Consiglio dei ministri. Ed invero, come già rilevato in precedenza, in giurisprudenza è stata avanzata l'ipotesi di mantenere distinto il momento in cui l'ente sceglie la forma di gestione da quello in cui viene realmente affidato il servizio.

Proprio nell'intento di evitare tale pericolosa separazione, la bozza della medesima Commissione aveva stabilito espressamente che "la delibera relativa di istituzione del servizio pubblico con organizzazione dell'ente locale medesimo viene adottata contestualmente alla delibera di affidamento per garantire la ponderazione approfondita della scelta"⁴⁰. Purtroppo, tale precisazione è stata eliminata nella versione finale licenziata dal Governo, sebbene i puntuali richiami alla necessità di formulare una "motivazione qualificata" con i contenuti sopra descritti, dovrebbero comunque evitare il rischio di una valutazione "meramente enunciativa",

mato da Cons. Stato, sez. VI, 14 maggio 2019, n. 2275) che merita di essere segnalata per completezza ed esaustività degli argomenti trattati, soprattutto dove viene evidenziato che "l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e ribadite ex art. 192, co. 2, C. Contratti". In questo senso, pertanto, i richiami del legislatore agli enti locali in ordine all'obbligo di fornire una motivazione puntuale in sede di adozione delle determinazioni attinenti l'istituzione e la gestione dei servizi pubblici di rispettiva competenza, ben può essere interpretato come una concreta inversione di tendenza rispetto ai timori paventati nella lucida, e come sempre acuta, analisi di M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir.proc. amm.*, 2017, 894, ss.

³⁹ Così, testualmente, Cons. Stato, sez. VI, n. 2275/2019, cit.

⁴⁰ Cfr. al riguardo, l'art. 19, co.2, Bozza di lavoro cit.

impedendo così un non auspicabile depotenziamento delle linee di fondo della riforma in questa sede illustrate.

Anche sotto questo profilo, pertanto, sembra potersi definitivamente archiviare la stagione che in passato aveva consentito ampi spazi di manovra agli enti locali in nome di una esasperata estensione del principio autonomistico riconosciuto agli enti locali e territoriali da parte della Carta fondamentale. L'analisi delle disposizioni in questa sede effettuata dovrebbe indurre ad un cauto ottimismo, favorendo la ricollocazione delle determinazioni in materia di attivazione, gestione e affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una dimensione più vicina all'attività tecnico discrezionale, tenuto conto delle valutazioni complesse ed articolate che i pubblici poteri sono obbligati ad effettuare in un settore così decisivo per tutti noi.

5. *Le possibili forme di cooperazione fra stazioni appaltanti*

Per quanto concerne il tema delle forme attraverso le quali le amministrazioni pubbliche possono procedere agli affidamenti diretti nell'ipotesi di collaborazione fra più amministrazioni, la recente novella ha cercato di fare chiarezza, elencando specificamente le condizioni che devono sussistere per rendere ammissibile la deroga in punto di applicazione delle regole introdotte dal D.lgs n. 36/2023.

Più in particolare, il co. 4 della disposizione in commento sembra contenere tutti gli elementi frutto di una cospicua elaborazione giurisprudenziale che da diversi anni si è venuta consolidando in sede eurounitaria, avanti al giudice amministrativo italiano e, infine, ad opera dei pareri emanati da ANAC.

A tale proposito, è sufficiente richiamare le più recenti pronunce del giudice del Lussemburgo per comprendere come il legislatore si sia ispirato ad esse nel formulare la disciplina che qui interessa.

Come noto, il tema è stato affrontato a più riprese dalla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo degli appalti pubblici di svariate fattispecie nazionali – e segnatamente sul rispetto dei principi e delle regole concorrenziali – incentrate su rapporti contrattuali “diretti” tra persone giuridiche ascrivibili alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto, principalmente, la pre-

stazione di servizi tecnici (o attività agli stessi assimilabili) o, in via residuale, forme di collaborazione nella gestione di servizi pubblici. Di qui, anche alla luce del previgente Codice dei contratti pubblici, la piena legittimità e conformità al diritto europeo di quegli accordi/convenzioni (in generale ex artt. 15 e 11 della legge 241/1990) riconducibili al modello legale degli accordi di cooperazione, tipizzato dalle direttive del 2014 (ma per vero già implicitamente ammesso dalle direttive del 2004).

Tra i più importanti precedenti da considerare con attenzione, una pronuncia della Corte di Giustizia con cui è stato ritenuto conforme al diritto europeo un contratto di collaborazione per la realizzazione di un termovalorizzatore tra quattro circoscrizioni amministrative in Germania senza seguire la procedura di gara di appalto allora prevista dalla direttiva 92/50⁴¹.

Anche successivamente, il giudice eurounitario ha ritenuto necessario tracciare la linea di demarcazione tra appalti pubblici e accordi istituzionali; ciò in quanto le amministrazioni hanno frequentemente rappresentato in termini di collaborazioni istituzionali rapporti contrattuali contenenti i caratteri degli appalti pubblici anche, e soprattutto, in ragione dell'attinenza a settori di mercato pienamente contendibili.

Emblematica, in tal senso, una pronuncia del 2012⁴² che si sofferma diffusamente proprio sul discrimine tra “appalto pubblico” e “tipologie contrattuali” non ricadenti nella disciplina dettata dalle Direttive allora

⁴¹ S tratta di Corte di Giustizia 9 giugno 2009, in causa C- 480/06 la quale ha messo in evidenza la necessità che anche le forme di collaborazione istituzionale non creino situazioni di discriminazioni tra operatori di un determinato settore di mercato, precisando come l'ordinamento europeo “*non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico*” fermo restando che dette forme di cooperazione devono rispettare “*l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*”.

⁴² Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione 19 dicembre 2012, in causa C-159/11 avente ad oggetto una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE in relazione ad una controversia riguardante un contratto di consulenza tra l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce e l'Università del Salento avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ed edifici ospedalieri.

vigenti. E ciò in quanto nei “contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi” le norme del diritto UE non sono applicabili sempre che ricorrano, cumulativamente, le seguenti condizioni: a) tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata; b) nessun prestatore privato può beneficiare di in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti; c) la cooperazione da essi istituita è il frutto di considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico.

Sono questi, pertanto, gli aspetti fondamentali che devono essere esaminati per verificare la sussistenza e la conformità al diritto europeo delle forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni.

Lungo tali direttrici si è collocata anche la posizione dei giudici amministrativi nazionali, indubbiamente orientata ai dettami del diritto comunitario in materia di appalti pubblici. Infatti, tranne sporadiche eccezioni (che andrebbero comunque vagliate con estrema attenzione con riscontri documentali analitici), la delimitazione delle forme di collaborazione tra amministrazioni sottratte alla disciplina di derivazione europea è risultata alquanto netta.

Va tuttavia sottolineato il tentativo del legislatore di offrire un inquadramento di sistema alle fattispecie derogatorie. Di qui la loro riconduzione funzionale al principio generale di libertà dell’amministrazione nella gestione dei servizi di interesse pubblico (tra soluzioni interne di autoproduzione ed esternalizzazioni), con conseguente connotazione dei medesimi in termini di massima discrezionalità organizzativa, anche per questo ontologicamente distinti dagli appalti pubblici in senso proprio.

Di fatto, l’intervento del giudice amministrativo interno è stato invocato, soprattutto per contenere la propensione delle amministrazioni (recessiva negli ultimi anni) a rappresentare l’affidamento di servizi tecnici contendibili ritenendole prestazioni infungibili, come nelle vicende in cui oggetto dell’accordo era la componente della ricerca scientifica svolta dalle università⁴³. A differenza delle pronunce della Corte di Giustizia,

⁴³ A puro titolo esemplificativo, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4631, di rimessione alla Corte di Giustizia della questione pregiudiziale oggetto della pronuncia, Corte di Giustizia, Ottava Sezione, 18 ottobre 2018, in causa C-606/2017, riguardante l’affidamento diretto, da parte dell’Unità sanitaria locale n. 3 e dell’Ospedale dell’Angelo di Mestre, all’Istituto Sacro Cuore – Don Calabria di Negrar della fornitura triennale del radiofarmaco a base di 18 F fluoro-desossi glucosio, denominato «fluorodesossiglucosio (18F)

per le quali l'illustrazione "caso per caso" è stata dettata dalla necessità di cogliere il consolidamento della posizione eurounitaria, la giurisprudenza interna sembra più attenta nel mettere in luce le peculiarità del caso concreto evidenziando, ove necessario, eventuali differenziazioni discendenti da singole fattispecie⁴⁴.

Indicativo dell'orientamento assunto in questi anni da Palazzo Spada, la *leading case* del 2014 contenente, a sua volta, un'analisi dettagliata dei presupposti che permettono di derogare al diritto UE in materia di contratti di appalto pubblici⁴⁵. In particolare, il passaggio sulla riconducibilità del rapporto fra gli enti che intendono collaborare alla fattispecie disciplinata ex art. 15, L. n. 241/1990, puntualizzando come gli accordi in parola dovrebbero risultare sempre e comunque finalizzati a "disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato"⁴⁶, nonché perseguire un interesse comune a più enti e per questo pienamente legittimati nell'impianto normativo europeo in applicazione del principio di libera amministrazione⁴⁷.

IBA).

⁴⁴ La progressiva fissazione degli elementi indefettibili degli "accordi di cooperazione" ha trovato conferma – sia pure in via incidentale – in Consiglio di Stato, Sez. I, 26 giugno 2018, n. 1645, *Parere sull'affidamento diretto pubblico-pubblico delle concessioni autostradali*, ove infatti nell'esaminare le variegate forme di rapporti in house (in house a cascata, in house pluripartecipato, in house verticale, invertito o capovolto, ed in house orizzontale) escluse dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (e delle direttive), si è soffermato sulla distinzione – nell'ambito dei rapporti orizzontali tra amministrazioni pubbliche – con gli accordi conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici (ex art. 5, comma 6, del Codice ora abrogato) annotando che "*Tale cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, con accordi di collaborazione, rimane al di fuori dell'istituto dell'in house, poiché non comporta la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione, ma costituisce un modulo cooperativo, non istituzionalizzato in alcuna forma organizzativa*" (corsivo ns.).

⁴⁵ Vedasi, al riguardo, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130, le cui argomentazioni sugli aspetti che qui interessano sono quasi sempre riportate per esteso nelle pronunce successive, di primo e di secondo grado.

⁴⁶ È qui evidente il riemergere della non sempre agevole distinzione tra l'attività contrattuale della amministrazione e l'attività amministrativa per accordi il cui riconoscimento è rappresentato dalla previsione di cui all'art. 11 della stessa legge 241, ovvero dalla categoria dei cd. "accordi amministrativi" alla quale vengono ascritti anche gli accordi tra amministrazioni (in primis ai sensi dell'art. 15 della legge 241 e artt. 30 e 34 del TUEL).

⁴⁷ Sul punto preme richiamare il Considerando 33, direttiva 2014/24/UE, ove si

In altre parole, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la sussistenza di un accordo di cooperazione tra amministrazioni, in tutte quelle ipotesi in cui il rapporto è ispirato alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico fra più enti pubblici, e non a quella dell'acquisizione di prestazioni astrattamente reperibili presso soggetti privati⁴⁸.

Non meno rilevanti le prese di posizione su tali profili da parte di ANAC la quale, chiamata a pronunciarsi in ordine a tale problematica, ha chiarito la sua posizione sul rispetto dei limiti già presenti nell'art. 5, co. 6, D.lgs. n. 50/2016, attenendosi fedelmente agli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza comunitaria ed interna. Anche per l'Autorità l'elemento centrale della disciplina rimane l'intento di salvaguardare il perseguimento di un interesse pubblico comune, da intendersi come premessa rispetto agli altri criteri che concorrono a determinare la deroga in merito all'applicazione dell'evidenza pubblica. Tutto ciò in linea con quanto stabilito ex art. 15, L. n. 241/1990⁴⁹, evitando in ogni modo che oggetto delle prestazioni siano attività deducibili in contratti di diritto privato⁵⁰, rischio particolarmente presente in quelle ipotesi in cui è previsto il pagamento

prevede che “la cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico. I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari”.

⁴⁸ Questa, in sintesi, l'idea di fondo che sta alla base di Cons. Stato, Sez. V, n. 1418/2017.

⁴⁹ Al riguardo v. Delibera ANAC 18 febbraio 2015, n. 7, laddove si sostiene che “l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti”.

⁵⁰ In questo senso cfr. la recente Deliberazione ANAC 18 maggio 2023, n. 179, contenente una serie di richiami a precedenti pareri ai quali anche in questa sede si fa rinvio per praticità. Interessante rilevare come la casistica in materia di convenzioni tra soggetti pubblici e Università abbia offerto ampi spunti di riflessione tenuto conto delle questioni sottoposte all'attenzione della giurisprudenza e dell'Autorità medesima. Tra queste alcune sono risultate attinenti a rapporti tra amministrazioni pubbliche ed Università degli Studi, la cui configurazione come “operatori economici” (nella nozione lata, comprensiva anche di persone giuridiche pubbliche – segnatamente, i Dipartimenti universitari – legittimate ad offrire prestazioni sul mercato) ha di certo, in via di principio, ostacolato la riconducibilità di taluni rapporti alle forme di cooperazione orizzontale tra amministrazioni.

di corrispettivi a qualsiasi titolo⁵¹.

In conclusione, l'impressione che si ricava dalla lettura dell'ultimo comma dell'art. 7 qui preso in considerazione, ben può costituire un valido punto di approdo cui affidarsi in sede interpretativa, facendo leva sugli orientamenti maturati durante la vigenza della precedente disposizione inserita nel D.lgs. 50/2016, cui si è fatto cenno anche in questa sede. Con tutte le cautele del caso, ed in attesa dei necessari riscontri giurisprudenziali, la nuova disciplina sembra andare nella giusta direzione, colmando i dubbi suscitati dall'applicazione delle precedenti disposizioni oggi superate dalla recente novella.

Abstract

Tra le novità che hanno caratterizzato il nuovo codice dei contratti pubblici, un posto di sicuro rilievo va riservato alle prime disposizioni contenenti una più puntuale definizione dei principi che regolano la materia, tra i quali quello della c.d. auto-organizzazione, così come codificato dall'art. 7, D.lgs n. 36/2023.

L'obiettivo del presente studio è quello di verificare attraverso quali modalità detto principio è stato ribadito nel nostro ordinamento rispetto al contenuto della direttiva 2014/23/UE, intervenendo ancora una volta sull'istituto degli affidamenti diretti e cercando di rinvenire un tratto comune nell'ambito delle differenti fonti normative che continuano a regolare tale materia, in particolare il recente D.lgs. n. 201/2022 richiamato espressamente dalla novella. L'analisi condotta in questa prospettiva, anche attraverso l'esame delle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza interna ed europea, si sofferma inoltre sugli adempimenti che la stazione appaltante è tenuta ad osservare, con inevitabile restrizione dei margini di discrezionalità che residuano in capo alle amministrazioni nell'assumere

⁵¹ Sempre nel richiamato parere n. 179/2023, ANAC ha ripreso un passaggio della propria precedente delibera n. 7/2015, nella quale era stato affermato che “qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico (ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 3 dicembre 2009, in C-305/2008), prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi”.

Il principio di auto-organizzazione amministrativa

le proprie determinazioni non più inquadrabili come decisioni di natura prevalentemente politica.

La ricerca, si conclude con l'illustrazione delle deroghe alla regola dell'evidenza pubblica, laddove l'oggetto del contratto sia frutto della cooperazione fra più amministrazioni, alle condizioni indicate nell'ultimo comma dell'art. 7 qui preso in considerazione.

The principle of administrative self-organisation under the new public procurement code

Among the novelties that characterized the new public contracts code, a place of certain prominence must be reserved for the first provisions containing a more precise definition of the principles governing the matter, including that of so-called self-organization, as codified in Article 7, Legislative Decree n. 36/2023.

The purpose of this study is to verify the ways in which this principle has been reaffirmed in our legal system with respect to the content of Directive 2014/23/EU, once again intervening on the institution of direct awarding and attempting to find a common trait in the context of the different regulatory sources that continue to regulate this matter, in particular the recent Legislative Decree n. 201/2022 expressly referred to by the reform. The analysis conducted in this perspective, also through the interpretations provided by national and European case law, also focuses on the obligations that the contracting authority is required to observe, with an inevitable restriction of the margins of discretionary power that remain with the administrations in taking their own decisions that can no longer be framed as decisions of a predominantly political nature.

The research concludes by illustrating the exceptions to the rule of public procurement where the subject matter of the contract is the result of cooperation between several administrations, under the conditions indicated in the last paragraph of Art. 7 considered here.