

Capitolo 31

IN HOUSE: OSSIA DELL'AUTONOMIA DECISIONALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Velia M. Leone*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi dell'*in house*. – 3 La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'amplissima diffusione del fenomeno dell'*in house* in Italia – così come in altri paesi europei¹ – evidenzia le forti difficoltà operative della pubblica amministrazione che si trova oggi a dover perseguire interessi pubblici in un contesto profondamente diverso dal formale e rituale diritto amministrativo. Sulla base di quest'ultimo, la pubblica amministrazione, sostanzialmente, agiva unilateralmente ed imperativamente, godeva della riserva di legge e la sua attività era, di fatto, sottoposta al mero controllo di legittimità ed alle norme di contabilità pubblica. Questa era la pubblica amministrazione del *Welfare State*: poiché erogava tutti i servizi pubblici, con risorse proprie, poteva anche imporre al mercato le proprie regole.

Questo scenario oggi è molto cambiato. La pubblica amministrazione – ed è, forse, persino fuorviante usare un concetto così conchiuso a fronte della progressiva parcellizzazione del soggetto pubblico e commistione con il settore pri-

¹ Ne sono conferma le varie sentenze, sul tema, della Corte di giustizia che coinvolgono, principalmente, Germania, Austria e Italia. La prassi di ricorrere all'istituto dell'*in house* ha diffusione molto più ampia di quanto testimoniato dalla giurisprudenza della Corte. Storicamente, l'istituto nacque nel Regno Unito per consentire una maggiore flessibilità d'azione a nuove tipologie di organizzazione dell'agire della pubblica amministrazione che, attraverso soggetti propri – ossia, *in house* – poteva svolgere funzioni diverse – ovvero, prossime, ma non sempre coincidenti con il c.d. *core business* –, con maggior autonomia rispetto ai vincoli del, seppur embrionale, diritto amministrativo britannico. Un classico esempio furono le *next step agency*, le quali, tuttavia, erano prive di personalità giuridica, il che le rendeva più facilmente riconducibili all'alveo organizzativo dell'amministrazione originaria, sul punto S. Arrosmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 1996, 115.

vato² –, pur continuando a perseguire interessi pubblici, si muove sempre più attraverso soggetti privati, facendo ampio ricorso anche a strumenti di diritto privato³.

2. La genesi dell'*in house*

In questo contesto si inserisce l'istituto dell'*in house*: inizialmente analizzato solo come ipotesi – assolutamente residuale – che consentiva, ove il soggetto fosse stato correttamente costituito, la legittima disapplicazione delle norme in materia di appalti pubblici. In realtà, quest'analisi sminuisce la portata dell'istituto in esame che, di converso, prima di rappresentare una questione di legittima deroga – ove effettivamente si tratti di un soggetto *in house* – alle norme in materia di appalti pubblici, costituisce una modalità di esternalizzazione dell'autonomia della amministrazione in relazione all'organizzazione dei suoi mezzi per il perseguimento dei fini pubblici. In altre parole, appare riduttivo considerare l'*in house* solo con riferimento al tema degli appalti pubblici, poiché, in effetti, questo istituto richiama in causa questioni molto più cruciali, ossia le scelte che l'amministrazione attua per il perseguimento dei propri fini istituzionali. In tale contesto, vale rilevare che, per quanto concerne la propria organizzazione, in diritto italiano, la pubblica amministrazione ha piena discrezionalità – nel rispetto dei limiti di legge – in merito alla gestione e il perseguimento dei propri fini⁴. Pertanto, assolti tali obblighi, la pubblica amministrazione può legittimamente ricorrere all'istituzione di un soggetto *in house*, a patto che si attenga alle prescrizioni dettate dalla giurisprudenza della Corte⁵.

² Si pensi al ricorso alla figura del concessionario che, in diritto italiano, è possibile non solo per la realizzazione e gestione dei lavori pubblici – ai sensi dell'art. 143 ss. del d.lgs n. 163/06 (c.d. Codice degli appalti) – ma anche per la concessione e gestione dei servizi, in base alle previsioni dell'art. 30 dello stesso Codice degli appalti, che ha previsto una procedura ad evidenza pubblica anche per i contratti di concessione di servizi. Come noto, la concessione di servizi è solamente definita nella direttiva 2004/18. Nessuna procedura è stata prevista per l'affidamento di questo tipo di contratto, neppure nella direttiva in materia di c.d. settori esclusi, la direttiva 2004/17. Per colmare questa *lacuna legis*, in seno al dibattito sul partenariato pubblico-privato, la Commissione europea ha in animo di produrre una direttiva *ad hoc* sui contratti di concessione anche se i tempi di tale provvedimento sono, oggi, difficilmente preconizzabili.

³ In tal senso, la profonda rivoluzione introdotta dalla legge n. 15/2005, il cui art. 1, in effetti, ha invertito il tradizionale rapporto di supremazia tra il ricorso al diritto amministrativo e quello privato, consentendo alla pubblica amministrazione di utilizzare quest'ultimo come regola, con l'unica eccezione delle ipotesi in cui vi sia una riserva di legge.

⁴ In diritto italiano, l'*in house* può essere assimilato al concetto di delega interorganica. La pubblica amministrazione, in base all'art. 97 della Costituzione ha piena discrezionalità riguardo la decisione di farvi ricorso o meno. Permane l'obbligo di motivare la scelta operata che, in ossequio ai principi costituzionali e comunitari, deve essere ispirata a razionalità, convenienza e proporzionalità, nel perseguimento dell'interesse pubblico.

⁵ Per quanto riguarda, di converso, la giurisprudenza amministrativa italiana, la legittimità del ricorso a forme diverse di organizzazione interna ha subito una graduale evoluzione proprio a partire dalla giurisprudenza comunitaria, in quanto il mezzo, in sé, non è stato disciplinato normativamente se

La necessità che la pubblica amministrazione ha di poter utilizzare tali soggetti è, anche, evidenza di una più profonda difficoltà organizzativa: si pensi, per esempio, alla genuina mancanza di professionalità di punta o alla necessità di perseguire attività sempre più complesse, difficilmente riconducibili ad un modello predefinito e consolidato dell'agire della pubblica amministrazione⁶. In tali casi, il soggetto *in house*, agendo come un'entità privata, può sottoscrivere contratti con soggetti esterni all'amministrazione⁷, colmando, almeno temporaneamente, alcune di queste lacune e con tempi più rapidi. Ne consegue che molte amministrazioni vedono questo strumento come una modalità per riuscire a superare i propri limiti di operatività, allineandosi con il mercato, o, per lo meno, cercando di farlo.

C'è anche un altro tema che rende l'*in house* importante per l'amministrazione, ossia la mancata fiducia nel mercato. Non sempre l'amministrazione ritiene che, effettivamente, gli operatori economici siano in grado di fornire l'attività richiesta in base ai *desiderata* della stessa amministrazione, *rectius* dei cittadini, di cui l'amministrazione è garante e tutore. In questi casi, l'amministrazione può trovare più conveniente che lavori, forniture o servizi non siano affidati all'esterno, ma, di converso, siano eseguiti, forniti o prestati al suo interno, attraverso un soggetto *in house*.

Quest'esigenza non ha nulla a che fare con l'efficacia, o meno, delle gare di evidenza pubblica. Peraltro, queste presentano un limite strutturale: le regole si limitano a regolare il rapporto pubblico-privato sino al momento dell'aggiudicazione e ben poco si occupano della fase di esecuzione del contratto⁸. Di converso, è questo il vero momento in cui, senza voler entrare nelle possibili ipotesi patolo-

non a partire dagli anni Novanta (legge n. 142/1990), in concomitanza con la sempre più evidente tendenza verso la liberalizzazione di importanti settori economici. In precedenza, la legittimità del ricorso a queste modalità – soprattutto mediante aziende speciali e simili – non era mai stata messa in discussione.

⁶ Un classico esempio – ma se ne potrebbero fare tanti altri – sono le società finanziarie costituite dalle diverse Regioni italiane per perseguire fini disomogenei e variegati, tutti, almeno in via astratta, riconducibili allo sviluppo economico del territorio di competenza della Regione di appartenenza e, generalmente, incaricate della gestione dei programmi di utilizzazione dei fondi pubblici – anche comunitari – stanziati per tali finalità. In linea concettuale, tutti questi soggetti sono assimilabili al modello dell'*in house*. Ciò detto, a livello organizzativo si possono riscontrare soluzioni operative differenti, che – in alcuni casi – non si conciliano con la delineazione dell'istituto dell'*in house* operata dalla giurisprudenza della Corte, vedi *infra*.

⁷ Occorre evidenziare che – coerentemente con la sua funzione di articolazione interna dell'amministrazione – il soggetto *in house* è pienamente sottoposto alle norme in materia di appalti pubblici quando intende contrarre con terzi.

⁸ Le direttive comunitarie in materia – 2004/18 e 2004/17 – prevedono unicamente che l'amministrazione aggiudicatrice possa inserire specifiche modalità di esecuzione nel bando, purché le stesse siano conformi ai principi generali di parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. L'unica altra previsione contenuta nelle direttive in relazione all'esecuzione attiene al subappalto, ma consiste unicamente nel consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere, in sede di gara, l'indicazione sull'intenzione, o meno, di subappaltare. Il Codice degli appalti, di converso, si occupa dell'esecuzione dell'appalto in termini quasi esclusivamente tecnici e contabili – e praticamente solo per i lavori –, mentre la concreta operatività dei contratti, soprattutto quelli di lunga durata, quali i contratti di concessione, è molto trascurata, se non fosse che per talune disposizioni in materia di adeguamento tariffario, subentro, risoluzione, privilegio sui crediti.

giche, la pubblica amministrazione vede, in ogni caso, diminuire il suo controllo sull'operazione, anche ove eserciti una sorveglianza efficace. Questa contingenza è difficile da superare perché, da un lato, se è vero che l'amministrazione non è più direttamente coinvolta nella gestione dell'attività, dall'altro, non può permettersi di non risponderne agli utenti finali, ossia i cittadini. Questo spiega perché, in certe ipotesi, l'*in house* rappresenta per la pubblica amministrazione una possibile sintesi di questioni per lo più antitetiche.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia

In questo contesto si colloca la giurisprudenza della Corte che si è progressivamente occupata – a ritmo incalzante, tant'è che la maggioranza delle sentenze sono state pronunciate negli ultimi tre anni – di questo fenomeno. Lo sforzo ermeneutico della Corte è stato tutto volto a ricondurre l'*in house* a coerenza, sottolineando che la sua vera natura è quella di un soggetto che opera *dentro* la pubblica amministrazione – infatti, è *in house* – ed è funzionale al perseguimento degli interessi pubblici, generali, ben diversi da quelli industriali e commerciali, seppur il confine oggi sia sempre più labile. In tale ottica, molte operazioni sono state giudicate illegittime perché rispondenti a logiche ben diverse⁹.

Come noto, la Corte si è, ormai, più volte pronunciata sulla questione dell'*in house*. Dalle sue varie sentenze¹⁰ emerge che le norme in materia di appalti pubblici non sono applicabili tutte le volte in cui non si conclude un contratto di appalto, così come definito dalle direttive comunitarie¹¹. Ciò avviene, in particolare,

⁹ Si veda, ad esempio, la sentenza C-29/04 *Mödling*, in cui la Corte ha statuito che la “realizzazione dell'obiettivo delle Direttive, e cioè la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a *manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista*” (enfasi aggiunta). Questa sentenza s'inserisce nel solco della copiosa giurisprudenza della Corte in materia di “effetto utile” del diritto comunitario.

¹⁰ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte nelle cause *Teckal* (sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, causa di origine: Italia), *Stadt Halle* (sentenza del 11 gennaio 2005, causa C-26/03 causa di origine: Germania), *Parking Brixen* (sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/05, causa di origine: Italia), *Mödling* (sentenza del 10 novembre 2005, causa C-29/04, causa di origine: Austria), *Carbotermo* (sentenza del 11 maggio 2006, causa C-340/04, causa di origine: Italia), *ASEMFO* (sentenza del 19 aprile 2007, causa C-295/05, causa di origine: Spagna); *Termoraggi* (sentenza del 10 aprile 2008, causa C-323/07, causa di origine: Italia), *Comune di Mantova* (sentenza del 17 luglio 2008, causa C-371/05, causa di origine: Italia), *Coditel* (sentenza del 13 novembre 2008, causa C-324/07, causa di origine: Belgio) che hanno, progressivamente, stabilito ed affinato i criteri essenziali per verificare la mancanza di una volontà autonoma in capo al soggetto *in house*, che, così, può essere affidatario diretto di servizi, lavori o forniture.

¹¹ Secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. a) della direttiva 2004/18, gli appalti pubblici sono “contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

quando – al di là del *nomen juris* che si conferisce all'atto – non vi sia l'incontro di volontà distinte, dal momento che il soggetto *in house* non ha autonoma volontà di decisione, essendo parte stessa – *in house*, appunto – dell'amministrazione. In questo caso, qualsiasi attività relativa a lavori, forniture o servizi non è affidata all'esterno, ma ad un soggetto facente parte della stessa amministrazione. In altre parole, mancando l'elemento di terzietà, non c'è bisogno di seguire le regole in tema di appalti, neppure i principi generali del Trattato dell'Unione europea, perché il mercato – ossia, gli operatori economici – non sono coinvolti: si tratta solo di un'allocazione di risorse all'interno della stessa amministrazione.

La succitata definizione richiede un chiarimento sul soggetto affidatario – l'entità *in house* – e sulle sue caratteristiche inderogabili, poiché che la loro assenza, od incompletezza, non consente la legittima disapplicazione delle norme in materia di appalti. Pertanto, affinché si possa correttamente parlare di affidatario *in house*, questi deve essere un'emanazione dell'amministrazione che affida i lavori, servizi o forniture in questione, anche se formalmente distinto dalla stessa – per esempio, una società, anche di capitali, ma totalmente partecipata e controllata dalla stessa amministrazione – e deve essere privo di qualsiasi autonomia, contrattuale e gestionale, nei confronti di quest'ultima. Ciò implica, che il soggetto *in house* deve, a sua volta, applicare la normativa in materia di appalti, poiché, essendo esso stesso parte dell'amministrazione originale, come questa, dovrà sottostare alle medesime regole in materia, per approvvigionarsi di lavori, forniture e servizi sul libero mercato, acquisendo per definizione la qualifica di organismo di diritto pubblico ai sensi delle direttive comunitarie e del Codice degli appalti¹². Diversamente, infatti, si giungerebbe a giustificare l'aggiramento delle norme in materia di appalti da parte delle amministrazioni pubbliche, attraverso la mera istituzione di un organismo *ad hoc*. L'esenzione dall'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici vale, in altre parole, nel rapporto a monte – con la pubblica amministrazione di cui l'*in house* è emanazione –, ma non nel rapporto a valle, ossia con gli operatori economici di cui la stessa avrà bisogno.

Dal punto di vista operativo, dunque, è necessario che l'affidatario *in house* presenti i seguenti requisiti:

a) la partecipazione pubblica deve essere totalitaria. La presenza di soggetti privati inquina il perseguimento di fini pubblici,

¹² Secondo la definizione di cui all'art. 1, comma 9, della direttiva 2004/18, per organismo di diritto pubblico "s'intende qualsiasi organismo:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,

b) dotato di personalità giuridica, e

c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Stessa definizione è riportata all'art. 3, comma 26, del Codice degli appalti.

b) l'amministrazione deve esercitare un "controllo analogo" a quello esercitato dalla stessa amministrazione nei confronti dei propri servizi¹³,

c) "la parte più importante della propria attività" deve essere svolta con l'amministrazione – o le amministrazioni – che ne detengono il controllo¹⁴.

Questi requisiti emergono con chiarezza dalla sentenza *Teckal*¹⁵, che rappresenta la pietra miliare della giurisprudenza comunitaria in materia. Lì la Corte ha riconosciuto che la presenza delle condizioni di completa proprietà pubblica, esercizio di un controllo assimilabile a quello gerarchico e dipendenza economica e strategica in un soggetto pur distinto giuridicamente dall'amministrazione¹⁶ fanno sì che gli affidamenti, a quest'ultimo, da parte dell'amministrazione che ne detiene il controllo non comportano alcuna distorsione del mercato, in quanto non costituiscono contratti.

Vale sottolineare che la Corte si ferma qui: nulla dice sulla legittimità, o meno, della scelta, eventualmente operata a monte da parte dell'amministrazione, di costituire un soggetto *in house*. A partire dalla sentenza *Teckal* e, poi, in tutte quelle successive –, che hanno, via via, precisato le singole nozioni contenute nella prima definizione, senza mai modificarla –, la Corte si limita sempre a verificare se il soggetto affidatario sia, o meno, in possesso dei requisiti dettati dalla sentenza *Teckal*, senza mai pronunciarsi sulla legittimità e/o opportunità della scelta organizzativa di base della pubblica amministrazione. In altre parole, la decisione dell'amministrazione in merito allo svolgimento di talune attività al proprio interno,

¹³ Su questo punto, le sentenze *ASEMFO*, *Carbotermo* e *Coditel*, cit., hanno precisato che la proprietà da parte di una pluralità di enti pubblici non solo è consentita ai fini del controllo analogo, ma non richiede neanche che ciascuno degli enti eserciti, individualmente, tale controllo, essendo sufficiente, a tal fine, che lo stesso sia attuato mediante meccanismi maggioritari. Si noti, peraltro, che la sentenza *Carbotermo*, cit., chiarisce che la presenza di detti requisiti è vieppiù necessaria nel caso in cui la proprietà sia in capo ad un soggetto intermedio, in quanto "l'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale".

¹⁴ Nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico – o gli enti – di riferimento, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni.

¹⁵ Vedi par. 50 della sentenza in cui la Corte espressamente stabilisce che, in presenza di soggetti giuridicamente distinti, normalmente, sussiste un incontro di volontà autonome, salvo "nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano".

¹⁶ In tal senso non rappresenta un ostacolo la forma societaria – tanto in forma di società per azioni, che a responsabilità limitata – del soggetto *in house*. È dirimente, di converso, la possibilità – in capo all'amministrazione – di esercitare un controllo analogo a quello che esercita nei confronti dei propri servizi.

tramite la costituzione di un soggetto *in house* o, di converso, all'esternalizzazione delle attività in questione attraverso l'affidamento – con gara – ad un operatore economico terzo è una faccenda interna della pubblica amministrazione: ricade in una sfera che esorbita la competenza della Corte. Anzi, di più, la Corte nella sentenza *Stadt Halle*¹⁷ chiarisce che l'amministrazione non è affatto obbligata a ricorrere a soggetti terzi – ossia, applicare le norme sugli appalti pubblici – per l'espletamento delle attività conferitele per il perseguimento dei fini pubblici e può perfettamente utilizzare le proprie risorse amministrative, tecniche, od altro. Tra queste, può rientrare il soggetto *in house*.

Di converso, la Corte può – *rectius*, deve – sindacare l'*agere* dell'amministrazione ove questa abbia fatto artificiosamente ricorso all'istituzione di un soggetto *in house*, privo dei requisiti suoi propri al fine di evitare l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

A questo punto, si può, preliminarmente, concludere che, secondo la giurisprudenza comunitaria, la *ratio* dell'*in house* si identifichi nella decisione – insindacabilmente devoluta all'apprezzamento, da parte dell'amministrazione, delle esigenze di interesse pubblico ad essa sottese – di:

- a) non esternalizzare l'attività,
- b) creare un soggetto giuridico, formalmente distinto,
- c) mantenere il controllo, dal punto di vista funzionale ed economico, del soggetto creato – e, quindi, anche delle modalità di esecuzione, da parte dello stesso, dei compiti affidatigli – come fosse un dipartimento.

Quest'impostazione della Corte non è mai cambiata, nel tempo, ma è stata ulteriormente rafforzata nella sentenza *Coditel* in cui, per la prima volta, la Corte riconosce in maniera esplicita, forte ed inequivoca l'autonomia decisionale degli enti – locali, nel caso di specie – ad organizzare le proprie attività: tra tali scelte rientra a pieno titolo lo svolgimento delle stesse tramite l'istituzione di un soggetto *in house*. In *Coditel*, la Corte segue, sostanzialmente, l'impostazione dell'Avvocato generale Verika Trstenjak, e va oltre, sancendo, sulla base di quanto già affermato in precedenti sentenze e, in particolare, nella sentenza *Stadt Halle*, non solo la piena autonomia dell'amministrazione all'auto-organizzazione dei mezzi propri, necessari per i fini pubblici, ma che l'imporre la gara in tutti i casi equivarrebbe ad obbligare l'amministrazione a esternalizzare i propri compiti, ricorrendo sempre al mercato. In altre parole, il diritto comunitario – così come interpretato nella giurisprudenza della Corte – non deve essere inteso nel senso che obblighi le

¹⁷ Al par. 48 della sentenza citata, la Corte espressamente statuisce che “un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono, dunque, i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici”.

amministrazioni a rivolgersi sempre a soggetti terzi. Di converso, la scelta iniziale è lasciata all'autonomia dell'amministrazione. Ove questa non si concretizzi nell'intenzione di rivolgersi al mercato, l'imposizione di un obbligo di affidare l'esecuzione dei propri compiti a soggetti terzi equivarrebbe alla liberalizzazione forzata degli stessi, imposta utilizzando gli strumenti del diritto in materia di appalti pubblici. Ove questo esito fosse determinato dall'interpretazione della Corte, in particolare, ciò si porrebbe in grave contrasto con il principio comunitario dei poteri attribuiti¹⁸, nonché con il principio di sussidiarietà.

A livello nazionale, di converso, non esiste un limite espresso ai poteri statali in materia. Tuttavia, anche in questo caso, l'uso improprio delle norme sugli appalti, in sostituzione di strumenti più consoni, rischia di comprimere ingiustificatamente l'autonomia delle amministrazioni senza necessariamente ottenere gli effetti sperati.

Se l'obiettivo reale è quello della liberalizzazione, infatti, esiste la possibilità di adottare – come è già stato fatto, a livello sia comunitario, sia nazionale – specifiche ed adeguate misure legislative per raggiungere tale risultato in maniera coerente ed uniforme.

4. Conclusioni

La giurisprudenza della Corte in tema di *in house* offre spunti per uno dei dibattiti più interessanti, al momento, in ambito comunitario. Coinvolgendo l'organizzazione dei mezzi dell'amministrazione, quest'istituto chiama in causa il tema del partenariato pubblico-privato, ossia la scelta primordiale che l'amministrazione deve fare se rivolgersi, o meno, al mercato per la prestazione di servizi pubblici. Questa scelta deve rimanere all'interno della stessa amministrazione e non subire condizionamenti, specie ove gli stessi siano operati attraverso l'uso improprio di norme che hanno una funzione diversa, come potrebbe essere il caso ove si imponesse sempre il ricorso alle regole sugli appalti come strumento per forzare la liberalizzazione.

Su questo punto, il diritto comunitario è chiaro: non ci può essere nessun obbligo di fare le gare. L'ossequio alle norme in tema di appalti pubblici entra in gioco solo ove l'amministrazione decida di utilizzare soggetti terzi per il perseguimento dei propri fini pubblicistici. In tal caso, gli operatori economici devono

¹⁸ Si tratta del principio – che si è evoluto nel tempo – secondo cui il meccanismo decisionale comunitario può esercitarsi solo in quegli ambiti che sono stati specificamente attribuiti allo stesso da parte degli Stati membri. Con l'evoluzione di questa nozione, in senso espansivo, prima, e regressivo – sembra – oggi, è diventato sempre più difficile, da parte delle istituzioni comunitarie, compresa la Corte, stabilire con esattezza il confine tra materie attribuite alla propria competenza e materie che devono restare competenza esclusiva degli Stati membri, anche per via delle differenze ormai particolarmente marcate – nell'applicazione delle varie regolamentazioni comunitarie – tra i diversi Stati membri.

essere selezionati con modelli che possono far capo ad ipotesi di partenariato contrattuale – appalti o concessioni – od istituzionale – società miste –: in entrambi i casi, comunque, la procedura di evidenza pubblica è obbligatoria.

I singoli Stati membri possono pensarla diversamente ed imporre prescrizioni differenti: anche in tal caso, tuttavia, i principi comunitari devono essere osservati. Tra questi, assume un particolare rilievo il principio di sussidiarietà, che vuol dire che di ogni specifica questione si deve occupare il livello amministrativo più vicino alla stessa.

Questo vuol dire che, per esempio, in Italia – ferma restando la competenza statale esclusiva, ma trasversale, in materia di tutela della concorrenza e di livelli essenziali dei servizi – la scelta relativa all'organizzazione – interna od esternalizzata – dei servizi pubblici locali deve essere lasciata agli enti locali – che hanno l'obbligo di erogare tali servizi – che dovranno effettuarla sulla base dei principi generali e costituzionali di buon andamento e razionalità dell'azione amministrativa.