

MODALITÀ DI GESTIONE DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE

Luca Bertonazzi

1. Introduzione
2. La rilevanza di una duplice distinzione: tra “*autobus o tram*” da una parte e “*metropolitana*” dall’altra parte; nell’ambito della prima categoria tra appalti ‘sopra soglia’ da un lato e concessioni di servizi e appalti ‘sotto soglia’ dall’altro lato
3. *In house*
4. *In house* in senso stretto
5. *In house* in senso lato
6. Partecipazioni private al capitale dell’operatore interno
7. Sufficienza, ai fini dell’aggiudicazione diretta, del “*controllo analogo*” esercitato sull’operatore interno da uno o più degli enti locali raggruppati per garantire servizi integrati in un’area sovracomunale
8. Requisito funzionale dell’*in house*
9. Controllo analogo
10. Deroga all’onere di non gareggiare *extra moenia*
11. *In house* in senso stretto a dispetto della terzietà formale del prestatore di servizi
12. Aggiudicazioni dirette diverse dall’*in house*
13. Procedura di gara per l’affidamento del servizio a un terzo diverso da un operatore interno
14. Durata dei contratti di servizio
15. Regime transitorio
16. Modalità di gestione del trasporto pubblico locale nel d.lgs. n. 201/2022

1. INTRODUZIONE

Il presente capitolo è dedicato alle modalità di gestione del servizio di trasporto pubblico locale di passeggeri: su strada e con modi di trasporto su rotaia diversi dalla ferrovia, quali tram e metropolitana¹. Si procede dal ventaglio delle modalità di gestione previste nel regolamento comunitario n. 1370/2007². La scelta tra esse spetta alla «*autorità competente*»:

¹ Esulano dalla nozione di servizio pubblico locale il trasporto ferroviario, organizzato a livello statale e regionale, e il trasporto regionale su strada.

² Il regolamento n. 1370/2007 non si applica ai «*servizi di trasporto prestati prevalen-*

«un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche ... che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere»³. Rispetto a un servizio pubblico locale, la «autorità competente» si trova «a livello locale»⁴. Può trattarsi di: a) un'amministrazione pubblica (es. un comune); b) due o più amministrazioni pubbliche raggruppate in via facoltativa⁵ o obbligatoria, in base a previsioni legali, per fornire «ser-

temente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico» (art. 1, par. 2). Cfr. il considerando n. 13: essendo «alcuni servizi, spesso connessi con un'infrastruttura specifica» (es. funivia), «prestati esclusivamente per il loro interesse storico o per il loro valore turistico», e cioè per «scopi manifestamente diversi dalla fornitura di trasporto pubblico di passeggeri», «non è necessario che la loro prestazione sia disciplinata» dal regolamento in parola. Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2022, n. 1620 ha chiesto alla Corte di giustizia UE se rientra o meno nell'ambito applicativo del regolamento un contratto di servizio di trasporto di passeggeri che prevede accanto al trasporto su rotaia (maggioritario) un trasporto a fune (minoritario). A mio avviso la risposta sarà positiva perché il trasporto a fune su alcune tratte, incluse per ragioni orografiche o geografiche in un più ampio e multimodale percorso, non è prestato per finalità manifestamente estranee all'erogazione del servizio di trasporto di passeggeri, quali sarebbero quelle storico-turistiche.

Il regolamento n. 1370/2007 non si applica neppure, salvo che gli Stati membri non dispongano diversamente, ai «servizi di trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e in acque marine nazionali» (art. 1, par. 2), sui quali si veda C. giust. UE, 13 ottobre 2022, C-437/21, *Liberty Lines*.

³ Art. 1, lett. b), del regolamento.

⁴ Per «autorità competente a livello locale» si intende «qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale» (art. 2, lett. c), del regolamento).

⁵ Es. trasferimenti volontari di competenze tra autorità pubbliche mediante accordi con cui gli enti locali aderenti si spogliano della responsabilità dell'organizzazione di servizi affidandola a uno di essi che la assume su di sé (C. giust. UE, 18 giugno 2020, C-328/19, *Porin*, punti da 45 a 48; C. giust. UE, 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis*, punti da 40 a 44). «La ripartizione delle competenze all'interno di uno Stato membro gode della protezione conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, del TUE, secondo cui l'Unione è tenuta a rispettare le identità nazionali degli Stati membri inerenti alle loro strutture politiche e costituzionali fondamentali, comprese le autonomie locali e regionali. Peraltro, poiché tale ripartizione delle competenze non è rigida, la tutela conferita dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE riguarda parimenti le riorganizzazioni di competenze all'interno di uno Stato membro. Tali riorganizzazioni, che possono, segnatamente, assumere la forma di trasferimenti volontari di competenze tra autorità pubbliche, fanno sì che un'autorità precedentemente competente si spogli dell'obbligo e del diritto di svolgere una determinata funzione pubblica, laddove un'altra autorità se ne assume a quel punto i relativi obblighi e diritti» (punto 46 della sentenza *Porin*).

Si pensi altresì agli accordi di cooperazione tra enti locali, secondo una giurisprudenza europea inaugurata da pronunce del 2009 e del 2012 per essere poi codificata dalle direttive del 2014 su appalti pubblici e concessioni: cfr. art. 28, par. 4, della Direttiva 2014/25/UE (sui c.d. settori speciali) e il suo considerando n. 38, che nella parte conclu-

vizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri», ossia «*servizi interconnessi di trasporto entro una determinata zona geografica [sovracomunale] con servizio di informazione, emissione di titoli di viaggio e orario unici*»⁶; c) una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato («*qualsiasi altro organismo*») istituita *ad hoc* dalla legge o in base alla stessa (es. ente di governo di un ambito territoriale sovracomunale). Nell'ordinamento italiano le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, tra i quali il trasporto pubblico locale, sono assegnate agli «*enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei*»⁷, istituiti dalle regioni⁸, «*cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente*»⁹ (art. 3-bis, commi 1 e 1-bis, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148). In quanto partecipati in via necessaria dagli enti locali territorialmente interessati, gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali ne identificano raggruppamenti obbligatori, responsabili dei «*servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri*» in bacini sovracomunali. Di ciò non si può non tener subito conto nell'indagare la gamma delle forme di gestione del trasporto pubblico locale delineate nel regolamento comunitario¹⁰.

siva richiama in modo tanto implicito quanto inequivoco il contenuto del considerando n. 33 della Direttiva 2014/24/UE (sui c.d. settori ordinari).

⁶ Cfr. l'art. 2, lett. m), del regolamento per la definizione di «*servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri*» e l'art. 5, par. 2, comma 1, primo periodo, per l'accostamento ad essi del concetto di «*gruppo di autorità*» («*gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri*»).

⁷ Regioni e province autonome di Trento e Bolzano definiscono «*il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei*», di «*dimensione*» «*di norma*» «*non inferiore almeno a quella del territorio provinciale*», «*tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio*» e istituiscono «*gli enti di governo degli stessi*». Sono previsti allo scopo poteri sostitutivi statali, non incisi dal d.lgs. n. 201/2022.

⁸ E dalle province autonome di Trento e Bolzano.

⁹ È previsto il potere sostitutivo regionale, non inciso dal d.lgs. n. 201/2022, per la mancata adesione di enti locali agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali.

¹⁰ Non tengo invece volutamente conto della situazione in cui versano le regioni che, non avendo ancora perimetrato gli ambiti territoriali ottimali, si collocano da oltre undici anni fuori della legalità, né di quella in cui si trovano gli enti locali che, non avendo ancora aderito agli enti di governo dei bacini territoriali ottimali, si collocano da oltre otto anni fuori della legalità (art. 1, comma 609, lett. a) della legge n. 190/2014, in vigore dal 1° gennaio 2015, che ha novellato il comma 1-bis dell'art. 3-bis del d.l. n. 13/2001 introducendovi l'obbligo degli enti locali di partecipare agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali e, in mancanza, i poteri sostitutivi regionali), rimanendo peraltro le une e gli altri indenni dai poteri sostitutivi rispettivamente statali e regionali.

Sorvolo sia sulla «*incentivazione*» dell'adempimento di un obbligo (art. 5, commi 2 e 3

2. LA RILEVANZA DI UNA DUPLICE DISTINZIONE: TRA “AUTOBUS O TRAM” DA UNA PARTE E “METROPOLITANA” DALL’ALTRA PARTE; NELL’AMBITO DELLA PRIMA CATEGORIA TRA APPALTI ‘SOPRA SOGLIA’ DA UN LATO E CONCESSIONI DI SERVIZI E APPALTI ‘SOTTO SOGLIA’ DALL’ALTRO LATO

L’art. 5, par. 1, del regolamento¹¹ distingue “autobus o tram” dalla metropolitana. I contratti di servizio per il trasporto con autobus e tram sono aggiudicati: a) secondo le direttive sugli appalti pubblici¹² quando rientrano nel loro ambito applicativo *ratione valoris*¹³; b) ai sensi dell’art. 5 del regolamento quando consistono in concessioni di servizi o in appalti di servizi ‘sotto soglia’. Invece i contratti di servizio per il trasporto con

del d.lgs. n. 201/2022 e decreto interministeriale 28 aprile 2023, in GURI n. 100 del 29 aprile 2023), sia sull’accostamento all’obbligo di una facoltà avente il medesimo oggetto (art. 5, comma 1 e, nel comma 2, il riferimento alle “*aggregazioni volontarie*”), quali illuminanti esempi di un legislatore che, costretto a fare professione di realismo, sfida le più elementari regole della logica, e mi limito a constatare da un lato che tra le «*discipline settoriali in materia di ambiti territoriali ottimali e bacini nei servizi pubblici a rete*» fatte salve dal comma 5 dell’art. 5 cit. vi sono quelle delle Regioni che, come era doveroso, hanno dato attuazione all’art. 3-bis, commi 1 e 1-bis del d.l. n. 138/2011 e dall’altro lato che l’art. 2, lett. b) del d.lgs. n. 201/2022 mantiene saldamente tra gli «*enti competenti*» «*gli enti di governo degli ambiti o bacini*» di cui all’art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, le cui «*deliberazioni ... sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali*» (così il terzo periodo del comma 1-bis dell’art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, come sostituito dall’art. 37, comma 2 del d.lgs. n. 201/2022).

¹¹ E pure il suo art. 8, par. 1.

¹² Il rinvio alle direttive sugli appalti del 2004, nell’art. 5, par. 1 e nell’art. 8, par. 1, del regolamento n. 1370/2007, va oggi inteso come fatto alla Direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali, tra i quali il trasporto. Cfr. l’art. 1, par. 2 della Direttiva 2014/25/UE che ne costruisce l’ambito applicativo attorno a lavori, forniture e servizi «*destinati all’esercizio di una delle attività di cui agli articoli da 8 a 14*», tra le quali i «*servizi di trasporto*», intesi come le «*attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto*». «*Nei servizi di trasporto si considera che una rete esiste se il servizio viene fornito alle condizioni operative stabilite dalla competente autorità di uno Stato membro, quali le condizioni relative alle tratte da servire, alla capacità di trasporto disponibile o alla frequenza del servizio*» (art. 11 della Direttiva 2014/25/UE).

Confesso di non comprendere le ragioni del rinvio anche alla direttiva sugli appalti nei settori ordinari da parte degli artt. 5, par. 1, e 8, par. 1, del regolamento e, più di recente, del considerando n. 35 della Direttiva 2014/25/UE.

¹³ L’art. 5, par. 1, del regolamento dispone che «*non si applicano*» «*le disposizioni dei*» suoi «*paragrafi da 2 a 6*» «*se i contratti devono essere aggiudicati a norma*» della Direttiva 2014/25/UE, così come a quest’ultima l’art. 8, par. 1, del regolamento ha riservato immediata applicazione – e non avrebbe potuto essere altrimenti – anche nel decennale periodo transitorio tra il 3 dicembre 2009 (art. 12) e il 2 dicembre 2019 (penultimo comma del par. 2 dell’art. 8).

metropolitana sono aggiudicati sempre a norma dell'art. 5 del regolamento¹⁴. Tale assetto è stato confermato dalle direttive del 2014 su appalti pubblici e concessioni¹⁵. In particolare, il considerando n. 35 della Direttiva 2014/25/UE ribadisce da un lato che i servizi di trasporto «*con autobus o tram*» sono aggiudicati secondo la direttiva quando formano oggetto di appalti pubblici di servizi 'sopra soglia'¹⁶ e secondo l'art. 5 del regolamento quando si presentano come concessioni di servizi o appalti 'sotto soglia'¹⁷, e dall'altro lato «*che tale regolamento continua ad applicarsi*» all'aggiudicazione dei servizi di trasporto con «*metropolitana*», consistano essi in appalti ('sopra' o 'sotto soglia') o in concessioni¹⁸. Così dispone l'art. 21, lett. g), della Direttiva 2014/25/UE¹⁹. Dal canto suo, la Direttiva 2014/23/UE²⁰, con l'art. 10, par. 3, stabilisce la sua inapplicabilità «*alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007*»²¹⁻²².

¹⁴ Il proposito di «*lasciare impregiudicati gli obblighi applicabili alle pubbliche autorità in forza delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, quando i contratti di servizio pubblico rientrano nel loro ambito di applicazione*», dichiarato nel considerando n. 20, è stato in verità mantenuto soltanto per il trasporto con autobus e tram.

¹⁵ Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento n. 1370/2007 (2014/C 92/01), par. 2.1.1.

¹⁶ C. giust. UE, 8 maggio 2019, C-253/18, *Stadt Euskirchen*, punti da 26 a 29: «*l'articolo 5*» (nella specie par. 2) «*del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che esso non si applica all'aggiudicazione*» (nella specie diretta) «*di contratti aventi ad oggetto servizi di trasporto pubblico con autobus che non assumono la forma di contratti di concessione*». Identica, in fattispecie in cui erano pertinenti *ratione temporis* le direttive sugli appalti del 2004 anziché quelle del 2014, C. giust. UE, 21 marzo 2019, C-266/17 e C-267/17, *Rhenus Veniro*, punti da 73 a 76).

¹⁷ In verità gli appalti di servizi 'sotto soglia' non sono menzionati nel considerando n. 35 cit., ma è come se lo fossero stante la loro estraneità *ratione valoris* alla Direttiva 2014/25/UE.

¹⁸ «*Al fine di chiarire le relazioni tra la presente direttiva e il regolamento (CE) n. 1370/2007, è opportuno prevedere esplicitamente che la presente direttiva non sia applicabile ai contratti di servizio pubblico per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri per ... metropolitana, la cui aggiudicazione dovrebbe rimanere soggetta a tale regolamento*». Ecco perché il d.lgs. n. 50/2016, con l'art. 17, comma 1, lett. i), esclude dal suo perimetro appalti e concessioni «*concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ... metropolitana*». Cfr. ora l'art. 149, comma 3 del d.lgs. n. 36/2023.

¹⁹ «*La presente direttiva non si applica agli appalti di servizi ... concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ... metropolitana*».

²⁰ Sulle concessioni di lavori e servizi.

²¹ Ecco perché il d.lgs. n. 50/2016, con l'art. 18, comma 1, lett. a), tiene fuori dalla sua portata «*le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007*». Cfr. ora l'art. 149, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

Dunque, il regolamento in parola: a) si ritrae di fronte ad appalti ‘sopra soglia’ di servizi di trasporto «*con autobus o tram*», retti dalla Direttiva 2014/25/UE quale disciplina generale non derogata; b) si pone come normativa speciale per gli appalti ‘sotto soglia’ di servizi di trasporto con «*autobus o tram*», altrimenti governati dai pertinenti principi del TFUE (libertà di stabilimento, libertà di prestazione dei servizi, ecc.); c) si configura come *lex specialis* che resiste alla disciplina generale della Direttiva 2014/23/UE per le concessioni ‘sopra soglia’ di servizi di trasporto «*con autobus o tram*»; d) funziona da disciplina speciale per le concessioni ‘sotto soglia’ di servizi di trasporto «*con autobus o tram*», altrimenti soggette ai principi del TFUE; e) si atteggia a *lex specialis* che deroga la disciplina generale della Direttiva 2014/25/UE per gli appalti ‘sopra soglia’ di servizi di trasporto con «*metropolitana*»; f) costituisce normativa speciale per gli appalti ‘sotto soglia’ di servizi di trasporto con “*metropolitana*”, altrimenti sottoposti ai principi del TFUE; g) identifica una *lex specialis* derogatoria di quella generale della Direttiva 2014/23/UE per le concessioni ‘sopra soglia’ di servizi di trasporto con «*metropolitana*»; h) funge da disciplina speciale per le concessioni ‘sotto soglia’ di servizi di trasporto con «*metropolitana*», altrimenti attratte dai principi del TFUE.

3. IN HOUSE

L’art. 5, par. 2, comma 1, del regolamento assegna alle «*autorità competenti a livello locale*», «*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*», la «*facoltà*» di «*autoprestazione*»²³ e segnatamente di: a) «*fornire esse stesse*» i servizi; b) «*procedere all’aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l’autorità competente a livello locale o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*». La soluzione *sub a)* è l’*in house* in senso stretto: «*un’autorità pubblica ... 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 fare ricorso a entità esterne non appartenenti ai*

²² Cfr. N. AICARDI, *L’affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 533 ss.

²³ Il considerando n. 18 discorre di quella «*facoltà di autoprestazione*» che il considerando n. 14 presenta come una vera e propria libertà delle «*autorità competenti*»: «*libere di svolgere esse stesse o di affidare in tutto o in parte a terzi*» i servizi.

propri servizi. In tal caso non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice»²⁴. La soluzione sub b) – in house in senso lato²⁵ – compendia «altre circostanze» in cui «l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», «qualora quest'ultima eserciti» sulla prima «un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»²⁶, sì da ritenersi che pure «in siffatti casi» «l'amministrazione aggiudicatrice ricorra ai propri strumenti»²⁷. Nella sistematica del regolamento in esame, come nel diritto euro-unitario convenzionale e in quello derivato in materia di appalti pubblici e concessioni²⁸, non si scorge alcuna preferen-

²⁴ Punto 48 di C. giust. UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*.

Non a caso la definizione di «operatore di servizio pubblico» (art. 1, lett. d), del regolamento) include «qualsiasi ente pubblico che presta», esso stesso, i servizi.

²⁵ Per le locuzioni «in house in senso stretto», «vere e proprie procedure amministrative interne», e «in house in senso lato» (o «quasi in house»), che comporta l'aggiudicazione diretta del contratto a un'entità dotata di personalità giuridica distinta da quella dell'amministrazione aggiudicatrice ma non di autonomia decisionale, sono debitore delle Conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott nella causa *Parking Brixen* (C. giust. UE, 13 ottobre 2005, C-458/03) e dell'Avvocato generale C. Stix Hackl nella causa *Stadt Halle*.

²⁶ Punto 49 della sentenza *Stadt Halle*.

²⁷ Punto 25 di C. giust. UE, 8 maggio 2014, C-15/13, *Politecnico di Amburgo*.

²⁸ Il riferimento al diritto euro-unitario convenzionale esige una spiegazione. Benché in principio, probabilmente preoccupata di trovare un qualche fondamento positivo all'*in house providing* (altrimenti brutale creazione pretoria o non consentita applicazione analogica di quel che era all'epoca l'art. 13 della Direttiva 93/38/CEE per gli appalti di servizi nei settori speciali), lo identificò nell'assenza di un contratto (punti 46, 49 e 50 di C. giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*), ben presto la Corte di giustizia dovette ammettere che nell'*in house* in senso lato l'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice è sua «controparte contrattuale» (punto 49 della sentenza *Stadt Halle*, dopo che nel punto 48 si era precisato di non potersi «parlare di contratto» unicamente nell'*in house* in senso stretto, inteso come uso dei «propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo», senza «ricorso a entità esterne»). Al di là di qualche debolissima resistenza (punti 58-61 della sentenza *Parking Brixen*, ove il manieristico tentativo di trincerarsi dietro la pretesa assenza del contratto, non a caso richiamando il solo punto 48, e non anche il punto 49, della sentenza *Stadt Halle*), la ragione giustificatrice dell'*in house*, in senso stretto come in senso lato, è stata quasi subito rinvenuta nell'autonomia organizzativa di ogni amministrazione, liberamente declinabile nell'autoproduzione: ciò a partire da C. giust. UE, 6 aprile 2006, C-410/06, *Anav*, secondo cui il diritto euro-unitario (convenzionale) non osta a una disciplina nazionale che non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'amministrazione tra esternalizzazione mediante procedure competitive e autoproduzione (punti 14, 25 e 33) e da C. giust. UE, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo*, secondo cui il diritto euro-unitario (in ultima analisi convenzionale) non ripugna a una normativa statale che consente ad autorità pubbliche di aggiudicare direttamente contratti a un'impresa pubblica che, sottoposta a un regime speciale, si attegga quale loro «servizio

za per l'*outsourcing* rispetto all'autoproduzione: *make or buy* sono modalità organizzative pari-ordinate ²⁹.

interno», nonostante ciò riduca considerevolmente lo spazio del residuo mercato (punto 23). Anche nell'*in house* in senso lato – in cui l'entità affidataria, dotata di personalità giuridica ma non di autonomia decisionale, è «*controparte contrattuale*» («*contraente*» nel punto 55 della sentenza *Asemfo*) – «*si può ritenere che l'amministrazione*», auto-organizzandosi, «*ricorra ai propri strumenti*» (punto 25 della sentenza *Politecnico di Amburgo*): non stupisce allora che fin dal 2005 (sentenze *Parking Brixen* e 25 luglio 2005, C-231/03, *Coname*) l'*in house* planò anche sul terreno delle concessioni di servizi, all'epoca non soggette alla direttiva 92/50/CEE ma soltanto a principi e norme del Trattato.

Ancora più chiara, forse perché più sensibile alle istanze politiche di importanti Stati membri, la posizione più volte assunta dalla Commissione in Comunicazioni interpretative, Libri Verdi e Libri Bianchi.

Ebbene, ritrovata la base dell'*in house providing* nell'auto-organizzazione come tratto istituzionale di ciascuna pubblica amministrazione che gode della protezione accordata dall'art. 4, par. 2, TUE, e non più nella pretesa assenza di un contratto, impropriamente il giudice europeo ha continuato a qualificarlo come «*eccezione di stretta interpretazione*». Invero, eccezione e regola generale sono concetti reciprocamente relazionali che si definiscono per i rispettivi ambiti applicativi: poche e specifiche fattispecie contro ciò che è ordinario o normale. Ecco allora che la Corte discorre di «*eccezione*» per indicare un concetto, in sé condivisibile, che non ha niente a che fare con l'ambito applicativo di un istituto in nulla eccezionale rispetto al ricorso al mercato: il massimo rigore nell'accertamento, caso per caso, dei requisiti legittimanti (C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, versione recuperata da *De Jure*, 6). Appurata l'esistenza di questi ultimi, l'*in house* è regola altrettanto generale dell'appello alla concorrenza, stante l'assoluta indifferenza al riguardo del diritto unionale convenzionale.

Tutto ciò è stato poi codificato nelle direttive del 2014 su appalti pubblici e concessioni, con una soluzione obbligata perché riflette l'autonomia organizzativa garantita alle amministrazioni dall'art. 4, par. 2, TUE. Cfr. i considerando n. 5 e n. 31 della Direttiva 2014/24/UE («*È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi*»; «*l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà della autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse*») e l'art. 2, par. 1, della Direttiva 2014/23/UE (libertà delle autorità nazionali di «*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*»), su cui C. giust. UE, 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19 e C-91/19, *Rieco*, punti 34 e 36. Il considerando n. 5 della Direttiva 2014/24/UE è ripetuto nel considerando n. 7 della Direttiva 2014/25/UE; al considerando n. 31 della prima rinvia, in modo tanto implicito quanto inequivoco, la parte conclusiva del considerando n. 38 della seconda. L'art. 2, par. 1 della Direttiva 2014/23/UE nulla aggiunge a quanto risulta dai considerando n. 7 e n. 38, nonché dall'art. 28 della Direttiva 2014/25/UE: libertà delle autorità pubbliche di attendere ai loro compiti con proprie risorse (autoproduzione) o collaborando con altre autorità (cooperazione o partenariato pubblico-pubblico) o esternalizzando con procedure ad evidenza pubblica.

²⁹ Come si vedrà nei successivi paragrafi, il regolamento consente agli Stati membri di preferire l'esternalizzazione, vietando o variamente limitando l'autoproduzione: ma altro

4. IN HOUSE IN SENSO STRETTO

Due sono le declinazioni dell'*in house* in senso stretto: la gestione in economia, attraverso l'apparato burocratico, e quella tramite azienda-organo (organo dell'ente che la istituisce, ancorché separato dalla restante struttura burocratica per essere organizzato in forma di impresa)³⁰.

Per i contratti da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE è possibile: *a*) una gestione in economia assicurata dalla struttura burocratica dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale; *b*) una gestione a mezzo di azienda-organo istituita dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale. A meno che l'impiego di tali soluzioni non sia inibito – o, come il meno è compreso nel più, variamente limitato – dalla legislazione nazionale, cui l'*in house* è garantito come libertà, non imposto a mo' di obbligo, dal diritto euro-unitario degli appalti³¹.

Per i contratti da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007, il suo art. 5, par. 2, comma 1 prefigura, «*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*»: *a*) una gestione in economia da parte della struttura burocratica dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale; *b*) una gestione in economia da parte dell'apparato burocratico di uno o più degli enti locali raggruppati³²; *c*) una gestione a mezzo di azienda-organo istituita dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale; *d*) una gestione a mezzo di azienda-organo istituita da uno degli enti locali aggrega-

è permettere lo sfogo dell'altrui preferenza, nella consapevolezza che alcuni Stati avevano già cominciato per conto loro ad aprire il settore alla concorrenza, altro ancora esprimere una propria, che non va al di là dell'impossibilità per gli Stati membri di vietare il *contracting out*, argomentando a contrario dalla possibilità di inibire la sola autoprestazione.

³⁰ Si pensi a quelle che furono nell'ordinamento italiano, fino ai primi anni Novanta del secolo scorso, le aziende municipalizzate a livello locale e le aziende autonome a livello ministeriale.

³¹ Cfr. i punti da 30 a 42 della sentenza *Rieco* del 2020: le direttive sugli appalti non privano «*gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi ... a scapito di altre*»; come non li obbligano «*a ricorrere a una procedura di appalto pubblico*», neppure li costringono «*a ricorrere a un'operazione interna quando*» né «*sono soddisfatte le condizioni*»; non ostano, pertanto, a una normativa nazionale (nella specie l'art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016; cfr. ora art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023) che rende più gravosa «*la conclusione di un'operazione interna*», subordinandola «*all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi all'operazione interna*».

³² Argomentando dalla possibilità, che si illustrerà *infra* (paragrafo 7), di «*aggiudicazione diretta*» del contratto di servizio a un «*operatore interno*» su cui alcuni o uno soltanto degli enti locali raggruppati, non necessariamente tutti in maniera congiunta o collettiva, esercitano un «*controllo analogo*» a quello sui propri servizi.

ti o a mezzo della sinergia tra più aziende-organo istituite da altrettanti enti locali³³. Posto che il più (veto radicale)³⁴ contiene il meno, agli Stati membri è dato di contrarre lo spazio dell'*in house* in senso stretto: si tratterebbe di opzioni legislative nazionali, consentite da un regolamento comunitario che, al pari delle direttive su appalti e concessioni, lungi dal comandarla come necessità giuridica sol che ne ricorrano le condizioni, riconosce agli Stati membri l'autoproduzione come «*facoltà*».

5. IN HOUSE IN SENSO LATO

In alternativa alla gestione in economia e tramite imprese-organo, ma pur sempre all'interno dell'ordine concettuale della «*autoprestazione*», gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali si vedono assegnata dall'art. 5, par. 2, comma 1, cit. la «*facoltà*», «*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*», di «*procedere all'aggiudicazione diretta*»³⁵ di contratti a un «*operatore interno*». Quest'ultimo è «*un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*»³⁶.

Nel prefigurare una gestione a mezzo di un operatore interno dominato dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale oppure da uno o più degli enti locali raggruppati, il modello di *in house* in senso lato delineato dal regolamento per i contratti da aggiudicare ai sensi dello stesso diverge sotto quattro profili dal modello generale disegnato dalla Direttiva 2014/25/UE per i contratti da aggiudicare secondo la stessa. I quattro tratti di specialità, cui saranno partitamente dedicati i prossimi paragrafi, riguardano: *a)* le partecipazioni private al capitale dell'operatore interno³⁷; *b)* nel caso di gruppo di autorità locali responsabili di servizi integrati in un'area sovracomunale, la sufficienza, ai fini dell'aggiudicazione

³³ Sempre argomentando da quanto anticipato nella nota precedente. Si profila uno scenario non dissimile da quello cui dava vita, negli anni Ottanta del secolo scorso, la disciplina italiana dell'attività *extra moenia* delle aziende municipalizzate.

³⁴ «*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*» (incipit dell'art. 5, par. 2, comma 1).

³⁵ «*Aggiudicazione diretta*» è «*l'aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico [ad es. a un "operatore interno"] senza che sia previamente esperita una procedura di gara*» (art. 2, lett. *h*), del regolamento).

³⁶ Art. 2, lett. *j*), del regolamento.

³⁷ Cfr. il par. 6.

diretta, del «*controllo analogo*» esercitato sull'operatore interno «*da almeno una di esse*»³⁸; c) il requisito funzionale della (quantità e qualità della) dedizione dell'operatore interno alla/e amministrazione/i controllante/i³⁹; d) la pervasività (in orizzontale) e, quindi, l'intensità (in verticale) – in una parola: la gravidanza – del (requisito strutturale) del «*controllo analogo*»⁴⁰.

6. PARTECIPAZIONI PRIVATE AL CAPITALE DELL'OPERATORE INTERNO

Quanto alle partecipazioni private, si legge nell'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), secondo periodo, del regolamento che «*conformemente al diritto comunitario la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo [c.d. controllo analogo]*»⁴¹, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri».

Si anticipa che dall'analitica ricostruzione, cui ci si appresta, della giurisprudenza europea degli anni precedenti l'approvazione del regolamento emergerà, nitido, il divieto di partecipazioni private al capitale dell'operatore interno: donde l'assenza dell'erroneamente predicata conformità al diritto comunitario⁴² e, anzi, l'introduzione di un primo elemento di specialità rispetto al modello generale di *in house* elaborato all'epoca dalla Corte di giustizia.

Risale al punto 49 della sentenza *Stadt Halle* del gennaio 2005 la netta affermazione che «*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società cui partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso*»⁴³ che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi». Ciò per due ragioni. In primo luogo, mentre il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e i suoi uffici «*sottostà a considerazioni*

³⁸ Cfr. il par. 7.

³⁹ Cfr. il par. 8.

⁴⁰ Cfr. il par. 9.

⁴¹ Locuzione che compare nel comma 1 del par. 2 dell'art. 5 («*controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*»).

⁴² «*Conformemente al diritto comunitario*» è l'incipit del secondo periodo della lett. a) del comma 3 del par. 2 dell'art. 5.

⁴³ Cfr. altresì l'avverbio «*sempre*» nel punto 52.

*ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico», «qualunque investimento di capitale privato in un'impresa pubblica obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente» (punto 50). Inoltre, «si offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti» (punto 51): è quest'ultima una ragione ulteriore e autonoma, che nulla ha a che fare con il controllo analogo. Nel punto 67 della sentenza *Parking Brixen* dell'ottobre 2005 la «apertura obbligatoria della società, a breve termine» a capitali privati⁴⁴ è elemento denotante una «vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'amministrazione aggiudicatrice: la Corte assimila alla partecipazione privata effettiva quella prevista «a breve termine». Nel punto 26 della sentenza *Coname* del luglio 2005 si ribadisce, invero senza tornare sulle motivazioni sottese, che una società «aperta», anche solo «in parte», «al capitale privato» non è una «struttura di gestione interna di un servizio pubblico». Nella sent. 10 novembre 2005, C-29/04, *Commissione/Austria*, la Corte stigmatizza una «costruzione artificiale comprendente più fasi distinte» (istituzione di una società – affidamento diretto ad essa di un appalto di servizi – cessione del 49% delle quote del suo capitale a un'impresa privata) preordinata all'aggiudicazione di un servizio a una società «in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata» (punto 40). Le «circostanze particolari» richiedono di considerare le varie fasi nel loro «insieme» per rintuzzare la manovra diretta a «celare» l'affidamento di un servizio a una società mista (punti 41 e 42)⁴⁵. Secondo le sentenze *Anav* del 2006 (punto 30) e 17 luglio 2008, C-371/05, *Commissione/Italia* (punti 29-30), la semplice possibilità di apertura a capitali privati – in mancanza di «circostanze particolari» rivelatrici di finalità elusive – non incrina il controllo analogo e perciò non invalida l'affidamento diretto. La Corte ne fa una questione di «certezza del diritto»: «in generale» la legittimità di un'aggiudicazione diretta va verificata in base alla situazione esistente al tempo in cui fu disposta (*tempus regit actum*), salvo che costruzioni artificiali di stampo elusivo impongano di tener conto di fatti successivi. Solamente allorché rifugge dall'incertezza che la avvolge quando è proiettata in un orizzonte temporale indefinito per assumere i più precisi contorni di un evento incipiente, l'eventualità acquista attitu-*

⁴⁴ La legge nazionale (italiana) impediva al Comune di rimanere socio unico per più di due anni dalla trasformazione in società per azioni della precedente azienda speciale.

⁴⁵ Nei punti da 46 a 49 è ripetuto tutto quanto si trovava già scritto nei punti da 49 a 52 della sentenza *Stadt Halle*.

dine invalidante dell'affidamento diretto (punto 67 della sentenza *Parking Brixen*). L'articolata posizione assunta dal giudice europeo a partire dal gennaio 2005 è ricapitolata dalla sent. 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*. La partecipazione privata, anche minoritaria, esclude «*in ogni caso*» il controllo analogo⁴⁶. «*Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento del contratto*» (punto 47). Può assumere rilievo la circostanza che, in quel momento, sia prevista «*a breve termine*» l'apertura a capitali privati (punto 47, con citazione del punto 67 della sentenza *Parking Brixen* dell'ottobre 2005). Inoltre, «*in via eccezionale, circostanze particolari*», come una «*costruzione artificiale*» di matrice abusiva (cessione di quote della società «*appena dopo*» l'affidamento diretto alla stessa del contratto), richiedono di considerare, nel giudizio intorno alla validità dell'aggiudicazione, eventi ad essa successivi (punto 48, con citazione della sentenza *Commissione/Austria* del novembre 2005). In disparte le «*circostanze particolari*», si distinguono due tipologie di fattispecie, a seconda che, al tempo dell'aggiudicazione diretta, la cessione a privati di quote sociali si profili come: a) «*mera possibilità*» suscettibile di avverarsi «*in qualsiasi momento*» (punto 49); b) «*prospettiva concreta e a breve termine*», destinata a materializzarsi «*poco tempo dopo*» l'aggiudicazione (punto 50). La semplice possibilità non elimina il controllo analogo e, di conseguenza, non invalida l'affidamento diretto (punto 51)⁴⁷. Se e quando, durante il periodo di efficacia del contratto aggiudicato direttamente, l'eventualità dovesse concretizzarsi, «*ciò costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara*» (punto 53)⁴⁸. La Corte ne fa, ancora una volta, questione di «*certezza del diritto*»: non è tollerabile che il giudizio sopra la validità dell'affidamento diretto resti paralizzato a tempo indefinito in attesa dell'eventuale avveramento della semplice possibilità dell'ingresso di soci privati nella compagine dell'aggiudicataria diretta. Per

⁴⁶ L'affermazione è rimasta altrettanto categorica e costante negli anni successivi, fino all'entrata in vigore delle direttive del 2014 su appalti e concessioni, come testimonia C. giust. UE, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setubal*, i cui punti da 39 a 41 non fanno altro che ribadire i punti da 49 a 52 della sentenza *Stadt Halle* del 2005.

⁴⁷ Nella specie, «*il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico*» e «*non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati*»; «*la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta*».

⁴⁸ Già in precedenza, punto 30 della sentenza *Anav* del 2006.

contro, la «*prospettiva concreta e a breve termine*» elide il controllo analogo e, di conseguenza, invalida l'affidamento (punto 50)⁴⁹.

Mi siano consentite alcune considerazioni critiche su questa giurisprudenza, che ha coperto un paio di lustri (2005-2014). Benché fin dalla sua comparsa il divieto di partecipazioni private fu motivato anche con l'esigenza di non offrire all'imprenditore privato un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (punto 51 della sentenza *Stadt Halle*), la Corte lo ha sempre collocato nell'ambito del requisito strutturale del controllo analogo, che ne risulterebbe «*in ogni caso*» («*sempre*») scardinato. Si tratta di inquadramento non persuasivo perché la partecipazione privata, quando del tutto ininfluenza sulla determinazione di obiettivi strategici e decisioni importanti della società⁵⁰, non interferisce con il dominio sulla stessa. Aggiungo per completezza che, fin quando permane nel recinto dell'ininfluenza, la partecipazione privata nemmeno attenta al requisito funzionale della dedizione prevalente della società all'amministrazione controllante, vocazione che quest'ultima, in quanto padrona, sarebbe in grado di imprimerle nonostante i contrari (e vani) desideri del socio privato ultra-minoritario. La ragione giustificatrice del divieto di partecipazioni (non genericamente di privati ma specificamente) di imprese private, autonoma dal controllo analogo, è enunciata nel punto 51 della sentenza *Stadt Halle*: evitare che l'impresa privata, attiva sul mercato, vi spenda il beneficio tratto dagli affidamenti diretti disposti a favore della società cui partecipa, falsando il gioco della concorrenza. Ecco allora che, fin dal suo primo apparire nella sentenza *Stadt Halle*, l'assenza di partecipazioni di imprese private (ininfluenti su obiettivi strategici e decisioni importanti) integra non già un fattore rescindente il controllo analogo dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì un requisito a sé stante dell'*in house*, preordinato a una finalità sua propria. Mentre il requisito strutturale del controllo analogo impedisce di ravvisare nella propaggine organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice un operatore economico privilegiato dall'affidamento diretto e il requisito funzionale evita le alterazioni concorrenziali che si avrebbero se l'articolazione organizzativa

⁴⁹ «*Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura*».

⁵⁰ Fu il punto 65 della sentenza *Parking Brixen* a definire per la prima volta il «*controllo analogo*» come «*possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*»: formula poi sempre ripetuta e codificata dalle direttive del 2014.

spaziasse sul mercato⁵¹, il requisito della mancanza di partecipazioni di imprese private previene l'ingiusto pregiudizio dei competitori di un'impresa presente, nel contempo, nel capitale dell'aggiudicatario diretto e nel mercato. Quest'ultimo requisito manca – e la sua finalità ne risente – quando un'impresa privata acquista quote del capitale dell'aggiudicatario diretto. Per contro, il requisito non arretra – restandone intatta la finalità – per la mera possibilità, suscettibile di avverarsi in ogni momento, né per la prospettiva concreta e a breve termine dell'apertura del capitale a investitori privati. Fino a che l'impresa privata non c'è, a nessuno è offerto un improprio vantaggio⁵². Non v'è alcuna differenza tra la mera possibilità proiettata in un imprecisato futuro e la prospettiva concreta e a breve termine di apertura del capitale a imprese private, poiché nell'uno come nell'altro caso: a) il giudizio di legittimità dell'affidamento diretto è svolto alla stregua della situazione esistente al tempo in cui fu disposto (assenza di partecipazione private e, quindi, presenza del requisito con salvaguardia della sua ragion d'essere); b) qualora e quando – non importa se a breve, medio o lungo termine – l'impresa privata subentrasse nella società, insorgerebbe in capo all'amministrazione l'obbligo di rimuovere l'aggiudicazione diretta rimasta orfana di un requisito legittimante (divieto di partecipazioni di imprese private) con pregiudizio dello scopo cui esso tende (inappropriato beneficio a un'impresa privata)⁵³. L'obbligo di rimozione, ravvisato dalla Corte solo quando la cessione di quote a privati è, al tempo dell'affidamento diretto, «*mera possibilità*» passibile di verificarsi in qualsiasi momento (punto 53 della sentenza *Sea* e punto 30 della sentenza

⁵¹ La *ratio* del requisito funzionale fu illustrata per la prima volta nei punti da 59 a 62 della sentenza 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo* e poi sempre data per scontata o ripetuta (es. C. giust. UE, 8 dicembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi*, punto 33; punto 71 della sentenza *Porin* del 2020).

⁵² È precisamente questa la ragione per cui la prospettiva del subingresso di un'impresa privata, a breve, medio o lungo termine, non invalida l'affidamento diretto, e non – checché sostenga il giudice europeo – la paralisi potenzialmente *sine die* del giudizio di validità dell'aggiudicazione, anche perché, a ben vedere, l'esistenza al tempo in cui essa è decisa della possibilità in tesi invalidante appagherebbe il principio *tempus regit actum* e, con esso, quelle che la Corte di giustizia percepisce come «*ragioni di certezza del diritto*».

⁵³ Per il concetto di rimozione o abrogazione del provvedimento amministrativo cfr. R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, I, Bologna, 2005, 878: eliminazione con efficacia *ex nunc* di un provvedimento la cui permanenza sarebbe *contra ius* per circostanze sopravvenute.

Anav), va invece predicato, tale e quale, pure quando detta cessione identifica a quel tempo una «*prospettiva concreta e attuale*»⁵⁴.

Torno ora – dopo la lunga parentesi sul divieto di partecipazioni private nel modello generale di *in house* a suo tempo elaborato dal giudice europeo – all'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), secondo periodo, del regolamento, che:

a) in linea con la giurisprudenza europea di quegli anni, sul punto però non condivisibile, iscrive il tema delle partecipazioni private nell'ambito del requisito strutturale del «*controllo analogo*»⁵⁵;

b) in deroga a quella stessa giurisprudenza ammette partecipazioni private al capitale dell'operatore interno, «*a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo [analogo] possa essere stabilito in base ad altri criteri*», diversi dalla proprietà pubblica totalitaria⁵⁶.

⁵⁴ *Idem* nel caso di costruzione artificiale di marca elusiva (cessione di quote a impresa privata «*poco tempo dopo*» l'aggiudicazione diretta a società interamente pubblica): non tragga in inganno la sentenza *Commissione/Austria* del novembre 2005, che va letta tenendo conto della differenza di oggetto tra una procedura di infrazione, diretta a far accertare dalla Corte di giustizia che con una complessa manovra uno Stato membro ha aggirato l'obbligo di indire una gara pubblica, e un giudizio amministrativo italiano volto a scrutinare la legittimità dell'affidamento diretto alla luce del principio *tempus regit actum* e, quindi, della situazione del frangente in cui fu disposto, senza che il principio di autonomia procedurale e processuale dello Stato metta a repentaglio l'effetto utile delle direttive su appalti e concessioni, se è vero, come è vero, che, sopraggiungendo, non importa dopo quanto tempo, la partecipazione di un'impresa privata, l'amministrazione aggiudicatrice vedrebbe incombere su di sé l'obbligo di rimuovere l'affidamento diretto. Non c'è ragione di derogare al principio *tempus regit actum* poiché l'effetto utile del diritto euro-unitario è egualmente salvaguardato dall'obbligo dell'amministrazione di rimuovere l'aggiudicazione diretta rimasta priva di un suo requisito legittimante.

⁵⁵ La lett. a) del comma 3 del par. 2 dell'art. 5 cit. è tutta dedicata al requisito strutturale del «*controllo analogo*». In particolare, il primo periodo enumera gli «*elementi*» da considerare «*al fine di determinare se l'autorità competente esercita tale controllo*» («*livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza*», «*relative disposizioni negli statuti*», «*assetto proprietario*», «*influenza*» e «*controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione*»); nel secondo periodo si legge che «*la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente ... non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*».

⁵⁶ Piena appare la consonanza con quelle che furono, in quegli anni, le Conclusioni dell'Avvocato generale C. Stix Hackl nella causa *Stadt Halle*: «*poiché anche gli organismi con partecipazione di un socio privato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo, è d'uopo dedurne che l'eccezione Teckal si applica ... anche alle società miste pubblico-private*» (punti 63 e 68).

A mio avviso proprio perché, in premessa, si muove entro le coordinate del controllo analogo, il legislatore comunitario del 2007 ammette, invero coerentemente, partecipazioni private purché ininfluenti sulle decisioni di gestione dell'operatore interno. Ma a non convincere è precisamente la premessa su cui è edificata la lineare deduzione elevata a norma: la *ratio* dell'ostracismo dato all'impresa privata nel modello generale di *in house* di quei tempi risiedeva piuttosto nel non concederle un indebito vantaggio sui suoi concorrenti. Ecco allora che, al di là di forme di azionariato diffuso tra risparmiatori o tra dipendenti certamente consentite, il *partner* privato: a) non può che essere finanziario o investitore, giammai industriale o imprenditore o di lavoro, per l'assenza di un confronto concorrenziale 'a doppio oggetto' come quello finalizzato a selezionare il socio privato operativo di una società mista quale declinazione del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato⁵⁷; b) deve essere individuato con procedure trasparenti e imparziali. La prima condizione da sola non basta⁵⁸ perché vantaggi competitivi sono anche quelli di natura finanziaria, per non dire delle occasioni di crescita del *know how* e della reputazione: l'unica soluzione interpretativa capace di mettere la norma al riparo dall'invalidità appare, pertanto, la necessaria contendibilità della qualità di socio finanziario o investitore, quanto meno se ha interesse transfrontaliero⁵⁹. Come le eventuali disposizioni legislative nazionali che, nell'odierno modello generale di *in house* tratteggiato dalle direttive del 2014, prescrivano in via eccezionale partecipazioni private (cfr. *infra*), così il regolamento comunitario in parola ha da essere, sul punto delle (più largamente) consentite partecipazioni private, conforme al diritto euro-unitario convenzionale, che non tollera privilegi accordati a un'impresa a danno dei suoi competitori.

Nessuna commistione è invece consentita tra l'*in house* e la società mista quale particolare figura di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: l'esile (e a uno sguardo superficiale ingannevole) tratto che li accomuna (aggiudicazione diretta del contratto) non vale a offuscare la decisiva circostanza che l'aggiudicazione diretta a una società mista costi-

⁵⁷ C. giust. UE, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acosec*; nel diritto italiano art. 17 del d.lgs. n. 175/2016.

⁵⁸ *Contra*, A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm.it*, n. 4/2010, 53, pur ritenendo tale conclusione «troppo penalizzante per la concorrenza».

⁵⁹ N. AICARDI, *L'affidamento*, 548.

tuisce pur sempre una modalità di esternalizzazione mediante ricorso al mercato in quanto postula un previo confronto concorrenziale 'a doppio oggetto' per l'individuazione del socio privato operativo, sicché la sovrapposizione tra i due modelli costituirebbe niente più che un grossolano errore⁶⁰.

Dunque, il modello speciale di *in house* definito dal regolamento del 2007 – laddove permette, oltre che forme di azionariato diffuso tra risparmiatori e dipendenti, la partecipazione al capitale dell'operatore interno di imprese private finanziatrici (o investitrici) selezionate con procedure trasparenti e imparziali – si scosta dal modello generale forgiato dalla giurisprudenza del tempo, innervato dal divieto di ogni partecipazione privata⁶¹.

Resta da confrontare il modello speciale con quello generale dettato dalla Direttiva 2014/25/UE, che ha sostituito, non senza novità, il precedente elaborato in via pretoria. Le direttive del 2014, condivisibilmente, riconoscono al divieto di partecipazioni private la dignità di requisito autonomo e rintracciano la sua *ratio* in ciò, che altrimenti «*si offrirebbe all'operatore economico privato*» che detenesse «*una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto*

⁶⁰ Nel quale è incorsa la «*posizione comune*» del Consiglio in vista dell'adozione di quello che sarebbe di lì a poco divenuto il regolamento n. 1370/2007, come riportata e condivisa nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, COM (2006) 805 del 12 dicembre 2006: «*All'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), la posizione comune apporta una modifica alla nozione di controllo, rendendo meno rigoroso il criterio relativo alla proprietà del capitale detenuto dall'autorità competente. Talune società a capitale misto (o PPPI: partenariati pubblico-privati istituzionalizzati) potrebbero di conseguenza essere considerate come operatori interni e beneficiare così dell'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto ... La Commissione ritiene che questo approccio specifico ai trasporti possa essere giustificato sulla base del capitolo 'Trasporti' del Trattato, delle esigenze specifiche dei trasporti pubblici e non pregiudichi assolutamente l'approccio che potrebbe essere adottato in altri settori*». Traccia dell'errore è il riferimento nell'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), cit. al «*partenariato pubblico-privato*», ancorché opportunamente depurato dall'aggettivo «*istituzionalizzato*». L'equivoco prosegue nella Comunicazione interpretativa elaborata nel 2008 dalla Commissione «*sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*» che, nell'anticipare quelli che sarebbero stati di lì a poco gli approdi di C. giust. UE, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, precisa, nella nota 7, di non interessarsi di «*appalti pubblici e concessioni di servizi disciplinati dall'articolo 5, paragrafi da 2 a 7, del regolamento (CE) n. 1370/2007*», come se lì vi fosse una speciale declinazione del PPPI anziché dell'*in house providing*.

⁶¹ Infondatamente è pertanto postulata, nello stesso art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), cit., la coerenza con il quadro giuridico dell'epoca («*Conformemente al diritto comunitario*»).

ai suoi concorrenti»⁶². «Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità ai trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata»⁶³. Sulla base di questa motivazione, invero tutt'altro che perspicua, il legislatore europeo detta, accanto alla regola per cui «nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati», la «eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata» (art. 28 della Direttiva 2014/25/UE)⁶⁴.

La partecipazione privata è in via di «eccezione» compatibile con il modello generale di *in house* quando: a) è «prescritta» («resa obbligatoria») ⁶⁵ da specifiche leggi nazionali che comandano, per l'appunto, la cessione di quote a privati ⁶⁶; b) le leggi nazionali che ciò prevedono ⁶⁷ sono

⁶² È chiaro che «l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata», «perciò in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata senza applicare le procedure previste dalla ... direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati».

⁶³ Considerando n. 32 della Direttiva 2014/24/UE e considerando n. 46 della Direttiva 2014/23/UE, cui rinvia in modo tanto implicito quanto inequivoco il considerando n. 38 della Direttiva 2014/25/UE.

⁶⁴ Identico all'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE e all'art. 17 della Direttiva 2014/23/UE. L'eccezione non era prevista nella proposta di direttiva della Commissione: cfr. A. DONATO, *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Foro amm.*, 2016, versione recuperata da *De Jure*, 4, anche nota 31.

⁶⁵ Nella versione francese si legge: «à l'exception des formes de participation de capitaux privés ... requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités». *Idem* in quella inglese, che recita: «with the exception of ... forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties».

⁶⁶ Trattandosi di «eccezione» sarei propenso a interpretare alla lettera la locuzione «disposizioni legislative nazionali», che compare sia nel considerando n. 32 Direttiva 2014/24/UE, cui rinvia il considerando n. 38 Direttiva 2014/25/UE, sia nell'art. 28 di quest'ultima: non risultano allora idonee allo scopo fonti del diritto *sub-primarie*, tanto meno atti amministrativi generali. *Contra*, D.U. GALETTA-G. CARULLO, *Gestione dei servizi*

conformi ai trattati e cioè non offrono a un'impresa privata «*un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti*» (penso ad esempio a forme di azionariato diffuso tra risparmiatori e dipendenti, alla contendibilità della qualità di socio privato finanziario o investitore, all'obbligo di offrire a tutte le università private le quote di un ente quale è il Consorzio interuniversitario Cineca, tanto per alludere a una nota e controversa vicenda italiana)⁶⁸⁻⁶⁹; c) non comporta un potere di veto, che escluderebbe, in negativo, l'altrui controllo analogo; d) non comporta, in positivo,

pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di deframmentazione del sistema, in chiusura del par. 3.6, argomentando dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sugli atti idonei a trasporre le direttive euro-unitarie negli ordinamenti statali, cui *adde* A. DONATO, *Affidamento*, 10. Ma l'argomento cade con il riconoscimento all'art. 12 dir. 2014/24/UE del carattere *self executing* (C. giust. UE, 22 dicembre 2022, *Sambre & Biesme*, C-383-384/21, punti da 45 a 52).

⁶⁷ Il verbo “*prevedere*” impiegato nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 (ma non nell'attuale art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023, che più non riproduce il testo *self executing* delle direttive) equivale al verbo “*prescrivere*” utilizzato dalle direttive del 2014 (e dall'art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016) perché la previsione legale dell'apertura a privati non è altro che una prescrizione impartita all'autorità pubblica, giammai ai privati cui è semmai riconosciuto il correlato diritto di subentrare come soci (*contra*, P.L. PORTALURI, *Ricorso al mercato e affidamento in house nel diritto universitario*, 221, nota 17, secondo cui la parola “*previste*” fraintende e tradisce il senso della parola “*prescritte*”). Non così, evidentemente, in caso di previsione legale di una semplice facoltà di cessione, la quale esorbiterebbe dall'eccezione in parola per rientrare nella regola generale: irrilevanza di quella che al tempo dell'affidamento diretto è una prospettiva, non importa se a breve, medio o lungo termine; obbligo dell'amministrazione di rimuovere l'aggiudicazione diretta se e quando detta prospettiva avesse a concretizzarsi.

⁶⁸ Cfr. D.U. GALETTA-G. CARULLO, *Gestione*, in chiusura del par. 4, al netto della non divisibile “*prospettiva di avvicinamento*”, “*se non addirittura di unificazione*”, di “*in house misto*” e “*società miste tradizionali*” (su cui pure C. VOLPE, *Le nuove direttive*, 15, ove si discetta di una “*differenza*” che “*scolora*”, pur senza giungere alla “*completa assimilazione*”; A. DONATO, *Affidamenti*, 5, ove si accenna a un “*confine ... più sfumato*”).

⁶⁹ Sulla vicenda del Cineca cfr. tra gli altri C. VOLPE, *Le nuove direttive*, 13-15; M. NUNZIATA, *Gli affidamenti al Cineca tra concorrenza e in house providing: ulteriori sviluppi pro concorrenziali dello scenario universitario*, 2133 ss.; A. DONATO, *Affidamenti*, 5-10; P.L. PORTALURI, *Ricorso al mercato*, 217 ss. A mio avviso l'unico malcerto tentativo di assicurare conformità ai Trattati alla disposizione legislativa italiana del 2015 sul Cineca, che recepì in anticipo l'art. 12 dir. 2014/24/UE, era quello di intenderla nel senso dell'obbligo di proporre l'ingresso nel consorzio a tutte le università private. Ma a ben vedere il tentativo si infrangeva contro la constatazione che tutti gli imprenditori privati, non soltanto le università libere, ambiscono a vantaggi finanziari o connessi alla crescita del *know how* o della reputazione: ecco perché saluto con favore la fuoriuscita dal consorzio delle università private negli anni successivi, di cui dà conto P.L. PORTALURI, *Ricorso al mercato*, 231, anche nota 47.

un'influenza dominante⁷⁰. Al di fuori dei confini, di stretta interpretazione, di questa «eccezione» si espande la regola del divieto di partecipazioni private, con conseguente illegittimità originaria dell'aggiudicazione diretta a un operatore interno partecipato da privati e obbligo dell'amministrazione di rimuoverla qualora essi subentrino in un secondo momento.

Il modello speciale di *in house* si differenzia da quello generale risultante dalla Direttiva 2014/25/UE perché ammette investimenti privati nel capitale dell'operatore interno anche quando non prescritti ma semplicemente permessi dalle leggi nazionali⁷¹: in disparte il delicato profilo dell'individuazione dei soci privati, che accomuna i due modelli nel segno della ripulsa a distorsioni della concorrenza, la loro partecipazione, quando non intacca il «controllo analogo» dell'autorità pubblica, non invalida *ab origine* l'aggiudicazione diretta all'operatore interno né è incompatibile con la sua persistente efficacia. Nel modello generale di *in house*, invece, ciò accade unicamente quando la partecipazione privata è «prescritta» («resa obbligatoria»), non semplicemente prefigurata come una *chance* rientrante nella disponibilità dell'autorità pubblica che detiene le quote della persona giuridica controllata.

Per i contratti da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE l'*in house* non tollera di norma partecipazioni private al capitale dell'aggiudicatario diretto, salvo che, in via eccezionale, esse siano puntualmente prescritte (rese obbligatorie) da una legge nazionale conforme ai Trattati. Nella vasta area della regola la partecipazione privata al tempo dell'affidamento diretto lo invalida, mentre quella sopravvenuta suscita l'obbligo dell'amministrazione di rimuoverlo; nell'angusto cantuccio dell'eccezione la validità e la permanenza dell'*in house* tollerano la presenza, rispettivamente iniziale e sopravvenuta, di partecipazioni private. A meno che la legislazione nazionale non si orienti per chiudere lo spiraglio dell'eccezione, che il diritto unionale degli appalti, lungi dall'esigere, garantisce agli Stati membri come sensibile margine di flessibilità. D'altra parte, il più (divieto radicale di *in house*) contiene il meno (apposizione di

⁷⁰ Nemmeno congiuntamente con l'autorità pubblica: è questo, anzi, il vero significato delle locuzioni «che non comportano controllo» e «che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata», altrimenti inutilmente duplicative del controllo analogo da parte dell'autorità pubblica.

⁷¹ Com'è fisiologico nel normale regime di circolazione delle quote del capitale di società.

condizioni più severe)⁷².

Per i contratti da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007 la validità e la permanenza nel tempo dell'aggiudicazione diretta coesistono con partecipazioni private al capitale dell'operatore interno, purché non interferenti con il «*controllo analogo*» dell'autorità pubblica. Come il più (veto assoluto)⁷³ include il meno, non è precluso al diritto nazionale di esigere la proprietà pubblica totalitaria dell'operatore interno o di virare verso il modello di *in house* risultante dalla Direttiva 2014/25/UE, marginalizzando le partecipazioni private a mo' di eccezioni prescritte da singole leggi nazionali conformi ai Trattati.

7. SUFFICIENZA, AI FINI DELL'AGGIUDICAZIONE DIRETTA, DEL «CONTROLLO ANALOGO» ESERCITATO SULL'OPERATORE INTERNO DA UNO O PIÙ DEGLI ENTI LOCALI RAGGRUPPATI PER GARANTIRE SERVIZI INTEGRATI IN UN'AREA SOVRACOMUNALE

Ribadito che gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali identificano gruppi obbligatori di enti locali responsabili di servizi integrati in bacini sovracomunali⁷⁴, nel modello speciale di *in house* tipizzato dal regolamento del 2007 è sufficiente, ai fini dell'aggiudicazione diretta, un «*controllo analogo*» esercitato sull'operatore interno da uno o da alcuni degli enti locali raggruppati. Non è indispensabile il controllo congiunto da parte di tutti: basta il controllo collettivo di alcuni e finanche il controllo individuale di uno solo (art. 5, par. 2, comma 1, cit.)⁷⁵. È questo un secondo profilo eccentrico rispetto ad un modello generale che, prima e dopo la sua codificazione nel 2014, ammette bensì l'*in house* frazionato ma

⁷² Cfr. i punti da 30 a 42 della sentenza *Rieco*.

⁷³ Cfr. l'*incipit* dell'art. 5, par. 2, comma 1, cit.: «*A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*».

⁷⁴ Cfr. il precedente paragrafo 1.

⁷⁵ Che prevede la facoltà di «*aggiudicazione diretta*» a un «*soggetto giuridicamente distinto su cui*», «*nel caso di un gruppo di autorità*» locali, «*almeno una di esse esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*». In tal senso anche la definizione di «*operatore interno*»: «*un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*» (art. 2, lett. f), del regolamento). Già il considerando n. 18 precisa che «*il necessario controllo*», nel caso di «*un gruppo di autorità competenti che forniscono servizi integrati*», «*dovrebbe essere esercitato*» «*in modo collettivo*» (controllo congiunto di tutti gli enti raggruppati) «*o tramite i propri membri*» (un sottoinsieme di essi in via congiunta o uno individualmente).

esige il «controllo analogo congiunto» di tutte le autorità che vi concorrono. Secondo l'art. 28, par. 3, comma 1 della Direttiva 2014/25/UE «un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico» un controllo analogo individuale «può nondimeno aggiudicare» direttamente «un appalto a tale persona giuridica» se «l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici su tale persona giuridica un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi». Ai sensi del comma 2, «si ritiene che le amministrazioni aggiudicatrici esercitino su una persona giuridica un controllo» analogo «congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata; iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti»⁷⁶. La deviazione dal modello generale di *in house*, *sub specie* di sufficienza del controllo analogo collettivo da parte di alcuni soltanto degli enti locali raggruppati o addirittura del controllo analogo individuale di uno di essi, è ispirata da un marcato favore per la autoprestazione in aree sovracomunali di servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri in un quadro di cooperazione tra enti locali⁷⁷⁻⁷⁸.

⁷⁶ Identici sono l'art. 12, par. 3 della Direttiva 2014/24/UE e l'art. 17, par. 3 della Direttiva 2014/23/UE.

⁷⁷ Si profila uno scenario non lontano da quello, ben noto in Italia tra la fine degli anni Novanta del secolo scorso e i primissimi anni Duemila, dell'attività delle società controllate da comuni nei territori di comuni vicini, ma senza i vincoli funzionali allora concepiti in chiave contenitiva dalla giurisprudenza. Critiche, per il depotenziamento della concorrenza, sono mosse da M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura*, in *Nuove autonomie*, 2021, 432.

⁷⁸ Il favor per la collaborazione tra enti locali aveva a mio avviso già potentemente ispirato la genesi giurisprudenziale del «controllo analogo congiunto» (C. giust. UE, 13 novembre 2008, C-342/07, *Coditel Brabant*, C. giust. UE, 10 settembre 2009, C-573/09, *Sea*, C. giust. UE, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*), tutt'altro che rigorosa nel lasciare in ombra la circostanza, invece decisiva per svuotare di significato la nozione stessa di controllo congiunto, che il rappresentante di una o più autorità pubbliche all'interno degli organi decisionali della società ben potrebbe risultare, anche sistematicamente, in minoranza e quindi soccombente all'atto dell'assunzione delle decisioni importanti. Mi risulta in tutta franchezza incomprensibile la sibillina affermazione

In conclusione, mentre per l'aggiudicazione *in house* di contratti soggetti alla Direttiva 2014/25/UE è indispensabile il controllo congiunto sull'operatore interno da parte di tutti gli enti locali aggregati nell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, salvo che la legislazione nazionale non chiuda all'*in house* frazionato ogni varco, come il meno (contrazione dell'istituto) è compreso nel più (secco divieto di usarne)⁷⁹, per l'aggiudicazione *in house* di contratti ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1370/2007 basta invece il controllo congiunto sull'operatore interno di alcuni degli enti locali raggruppati o addirittura il controllo individuale di uno solo, salvo che la legislazione nazionale non esiga un controllo esercitato collettivamente da tutti gli enti locali aggregati o inibisca in radice l'*in house* pluripartecipato, come il meno (aggravamento delle condizioni per usare l'istituto) è incluso nel più (preclusione *ab imis* del suo impiego)⁸⁰.

8. REQUISITO FUNZIONALE DELL'*IN HOUSE*

Il terzo profilo di specialità dell'*in house* di cui all'art. 5 del regolamento n. 1370/2007 investe il requisito funzionale, che nel modello generale inaugurato dalla sentenza *Teckal* del 1999 affianca quello strutturale del «controllo analogo» e consiste nella realizzazione della «parte più importante» dell'attività dell'aggiudicatario diretto con la/e amministrazione/i

dell'ininfluenza sul controllo analogo congiunto («non incide») della «procedura utilizzata per adottare la decisione», «segnatamente il ricorso alla maggioranza», «nell'ambito di un organo collegiale» (così, apoditticamente, il punto 51 della sentenza *Coditel Brabant* e il punto 60 della sentenza *Sea*, mentre quella *Econord* neppure si pone il problema). A mio avviso le direttive del 2014, se correttamente intese, hanno emendato il non lieve difetto, sì da far risaltare ancora di più la specialità *in parte qua* dell'*in house* delineato dall'art. 5 del regolamento n. 1370/2007. Le tre condizioni del controllo analogo congiunto sono cumulative («quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni»). La prima, necessaria ma non sufficiente, vuole che le autorità pubbliche esprimano loro «rappresentanti» negli «organi decisionali» (nelle assemblee o nei consigli di sorveglianza delle società di capitali italiane prima ancora che nei loro consigli di amministrazione o di gestione: art. 16, comma 2, lett. a) e b) del d.lgs. n. 175/2016). La seconda, aggiungendosi alla prima, implica il reciproco impegno – nei patti parasociali anche ultraquinquennali di cui alla lett. c) del comma 2 dell'art. 16 cit. – alla 'riduzione ad unità' delle autorità pubbliche e dei loro rappresentanti mercé l'attribuzione a ciascuno del diritto di veto (cfr. P.L. PORTALURI, *Ricorso al mercato*, 232-233). La terza esige l'effettività (delle prime due e cioè) dei meccanismi trasfusi in clausole statutarie e patti parasociali.

⁷⁹ Cfr. i punti da 30 a 42 della sentenza *Rieco*.

⁸⁰ «A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale» (incipit dell'art. 5, par. 2, comma 1).

controllante/i⁸¹. La sua finalità fu per la prima volta esplicitata nei punti 60-61 della sentenza *Carbotermo* del 2006: «*garantire*» che la normativa sull'affidamento degli appalti «*continui ad essere applicabile nei casi in cui un'impresa*», benché «*controllata da uno o più enti*», «*sia attiva sul mercato e possa pertanto entrare in concorrenza con altre imprese*». Infatti, il «*controllo analogo*», di per sé, non priva «*necessariamente*» l'impresa della «*libertà di azione*», perché un certo grado di vocazione commerciale ben potrebbe esserle impresso da un'autorità controllante alla ricerca di utili. Il requisito è stato poi codificato e precisato nelle direttive del 2014 su appalti pubblici e concessioni: una delle «*condizioni*» dell'*in house* è, infatti, che «*oltre l'80% delle attività*» della persona giuridica controllata siano «*effettuate nello svolgimento dei compiti*» ad essa «*affidati*» dall'amministrazione che la controlla in via individuale o da quelle che la controllano congiuntamente⁸² (art. 28, par. 1, lett. *b*) e par. 3, lett. *b*), Direttiva 2014/25/UE). «*Per determinare*» la suddetta «*percentuale*» «*si prende in considerazione il fatturato totale medio*» o altra «*idonea misura ... basata sull'attività*» «*per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto*». «*Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica*» o della sua «*riorganizzazione*», «*il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività*» «*non è disponibile o non è più pertinente*», è sufficiente la dimostrazione, «*in base a proiezioni*», «*che la misura dell'attività [oltre l'80%] è credibile*» (art. 28, par. 5, Direttiva 2014/25/UE). Un requisito funzionale siffatto manca nel modello speciale di *in house* dettato dal regolamento n. 1370/2007⁸³. Intanto, se mai vi fosse divergerebbe dal suo omologo del modello generale poiché la sufficienza del «*controllo analogo*» di alcuni o di uno degli enti locali raggruppati nell'ente di governo del bacino territoriale comporta che una quota non secondaria dell'attività dell'operatore interno sia svolta per conto di enti che non concorrono a controllarlo. Ma il requisito in parola (dedizione a chi controlla di più dell'80% dell'attività) non c'è in primo luogo perché l'art. 5 del regolamento non ne fa menzione né ad esso rinvia. In secondo luogo, l'approccio del regolamento è rigorosamente settoriale: non prendendo in considerazione attività economiche, *intra* o *extra moenia*, diver-

⁸¹ «Con» sta per «a favore di» (quando la prestazione è diretta all'autorità controllante) e «per conto di» (quando la prestazione è diretta agli utenti): in ogni caso sulla base di decisioni di affidamento dell'autorità controllante.

⁸² O da altre persone giuridiche controllate dalla/e amministrazione/i controllante/i (es. controllo analogo indiretto).

⁸³ *Contra*, ma senza addurre motivazioni, M.F. TROPEA, *Affidamento*, 433.

se dal trasporto pubblico di passeggeri, non le vieta, né subordina alla loro assenza o marginalità la legittimità originaria e la persistenza dell'aggiudicazione diretta all'operatore interno. In terzo luogo, non sono inibite all'operatore interno aggiudicazioni dirette di servizi di trasporto ferroviario da parte di autorità altre da quella controllante⁸⁴: la relativa attività facilmente fuoriesce dai confini della perifericità.

Il requisito funzionale è ricalibrato dall'art. 5, par. 2, comma 3, lett. b), del regolamento n. 1370/2007, secondo cui «*il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno*» eserciti le sue «*attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale*»⁸⁵ e in particolare non partecipi «*a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale*». A mio avviso questo non è un divieto sanzionato con l'illegittimità dell'ammissione alla (e dell'aggiudicazione della) gara cui, violandolo, l'operatore interno prenda parte⁸⁶, bensì il peculiare requisito funzionale del modello specia-

⁸⁴ Cfr. i paragrafi 3-bis, 4-bis, 4-ter, 4, 5 e 6 dell'art. 5 cit., da leggere alla luce del considerando n. 18, secondo cui «*le restrizioni delle attività di un operatore interno non interferiscono con la possibilità dell'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico qualora questi riguardino il trasporto ferroviario, eccettuati altri tipi di trasporto su rotaia quali metropolitana e tram. Inoltre, l'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico per il trasporto ferroviario pesante lascia impregiudicata la possibilità per le autorità competenti di aggiudicare a un operatore interno contratti di servizio pubblico per i servizi di trasporto pubblico di passeggeri su altri tipi di trasporto su rotaia quali metropolitana e tram [nonché su strada]*». Il riferimento al solo trasporto ferroviario "pesante" va inteso in modo rigorosamente letterale perché l'art. 5, par. 2, comma 3, lett. b), del regolamento condiziona la (validità e la permanenza dell') aggiudicazione diretta all'operatore interno alla circostanza che la sua attività di trasporto pubblico di passeggeri sia svolta «*all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale*».

⁸⁵ «*... pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine*». Precisa il par. 2.3.1, v), della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007 che questa porzione della disposizione «*garantisce un certo livello di flessibilità consentendo il soddisfacimento dei bisogni di trasporto tra regioni confinanti*». Devono in particolare essere valutati «*i seguenti aspetti*»: se i servizi «*collegano il territorio dell'autorità competente in questione a un territorio vicino e si configurano come servizi integrati rispetto all'obiettivo principale delle attività di trasporto pubblico oggetto del pertinente contratto. La Commissione valuta l'eventuale natura integrativa delle attività di trasporto pubblico confrontandone il volume in km su strada o su rotaia rispetto al volume complessivo delle attività di trasporto pubblico contemplate dal contratto ... dell'operatore interno*».

⁸⁶ Così, invece, N. AICARDI, *L'affidamento*, 547, che, ragionando di un vero e proprio divieto, percepisce il regolamento n. 1370/2007 come «*più rigido sul punto*», pur notando che, in controtendenza, «*non è previsto, in capo alle entità in house, alcun limite allo svol-*

le di *in house*. Ciò si ricava anzitutto dal dato testuale («*il presente paragrafo si applica a condizione che ... non partecipino a procedure di gara*»): l'astensione dal gareggiare *extra moenia* è «condizione» dapprima di legittimità originaria dell'aggiudicazione diretta all'operatore interno e poi di sua persistenza nel tempo. Identica è la formulazione della lett. d), che estende l'applicazione della lett. b) ai casi in cui «*un'autorità nazionale*» faccia le veci, «*per una zona geografica non nazionale*», di una mancante «*autorità a livello locale*», «*a condizione che l'operatore interno non partecipi a gare pubbliche indette per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori della zona per la quale è stato aggiudicato il contratto di servizio pubblico*». Milita nella stessa direzione l'argomento a contrario tratto dall'art. 8, par. 6 e dal considerando n. 32⁸⁷: quando il legislatore comunitario ha voluto reprimere con la «*esclusione*» o il «*rifiuto*» da gare pubbliche l'inosservanza del divieto di concorrervi lo ha stabilito a chiare lettere. Ancora, se fosse eletta a tecnica per tutelare la genuinità della competizione negli ambiti territoriali contendibili, la preclusione presidiata dalla conseguenza espulsiva dovrebbe incombere su tutti gli aggiudicatari diretti⁸⁸, non soltanto sugli operatori interni, ciò che palesemente non è. Scarto l'ipotesi del cumulo delle tecniche di salvaguardia

gimento di attività diverse da quella di trasporto pubblico di passeggeri». Nel senso del divieto anche A. CABIANCA, *Il trasporto*, 54; M.F. TROPEA, *Affidamento*, 434. Così pure, di sfuggita, la Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007, par. 2.3.1 («*è fatto divieto*»).

⁸⁷ «*Nella seconda metà*» di quel che fu il decennale «*periodo transitorio*» 3 dicembre 2009 – 2 dicembre 2019, e quindi nel quinquennio 3 dicembre 2014 – 2 dicembre 2019, le autorità competenti avevano, stabilendolo «*all'inizio del procedimento di aggiudicazione*» e preavvisandone la Commissione «*come minimo due mesi prima*», la «*facoltà di escludere dalla partecipazione all'aggiudicazione dei contratti mediante gara pubblica gli operatori di servizio pubblico*» che non fornissero «*la prova che il valore dei servizi di trasporto pubblico*» «*conferiti a norma*» del regolamento n. 1370/2007 rappresentasse «*almeno la metà del valore di tutti i servizi di trasporto pubblico*», senza tener conto di quelli «*aggiudicati con provvedimento di emergenza di cui all'art. 5, par. 5*» (con la precisazione dell'inapplicabilità di «*tale esclusione*» «*agli operatori di servizio pubblico*» che gestivano «*i servizi oggetto della gara*»). Il considerando n. 32 illustra la *ratio* sottesa a questa «*facoltà di rifiutare, nella seconda metà del periodo transitorio*» (3 dicembre 2014-3 dicembre 2019), «*le offerte di imprese i cui servizi di trasporto pubblico*» non fossero «*prestati, per oltre la metà del loro valore, a norma*» del regolamento n. 1370/2007: evitare le «*situazioni di squilibrio*» determinate dalle diverse tempistiche di apertura alla concorrenza negli Stati membri lungo il decennale periodo transitorio.

⁸⁸ Parr. 3-bis, 4-bis, 4-ter, 4, 5 e 6 dell'art. 5, ma anche – nella sistematica del regolamento che, pur senza menzionarle, le ammette quali particolari manifestazioni dell'appello alla concorrenza – le società a capitale misto riconducibili al modello del PPPI (sentenza *Acoset* del 2009).

della concorrenza negli ambiti territoriali contendibili poiché, una volta che si ritenesse in tesi illegittima l'ammissione dell'operatore interno alla (e l'aggiudicazione allo stesso della) gara *extra moenia*, la rimozione dell'aggiudicazione diretta *intra moenia* risulterebbe sproporzionata⁸⁹. Infine, se è vero che i limiti territoriali in parola valgono non soltanto «*all'interno dell'Unione europea*», ma anche, «*a causa di possibili effetti indiretti sul mercato interno, in altre regioni del mondo*»⁹⁰, l'unica conseguenza della loro trasgressione passibile di manifestarsi nei confini dell'Unione inerisce alla sorte dell'aggiudicazione diretta, dovendosi invece prescindere da non ipotizzabili effetti extra-territoriali⁹¹.

Si potrebbe obiettare che l'*incipit* del comma 3 del par. 2 dell'art. 5 cit.⁹², in sé considerato, parrebbe alludere a un obbligo di non fare iscritto nel regime dell'affidamento *in house*, che reclamerebbe l'esclusione dalla (e l'illegittimità dell'aggiudicazione della) gara *extra moenia*. Ma a volerlo prendere sul serio quell'*incipit* dovrebbe valere pure per il «*controllo analogo*» di cui alla lett. a), cosa che manifestamente non è. A diverse conclusioni non induce nemmeno la *ratio* dichiarata dal considerando n. 18 – «*garantire eque condizioni di concorrenza*» – poiché – in disparte quanto già osservato in ordine all'irragionevolezza della limitazione soggettiva di un divieto non inclusivo degli aggiudicatari diretti diversi dagli operatori interni – la tecnica dell'onere dell'operatore interno di non gareggiare *extra moenia*, onde conseguire e conservare l'aggiudicazione diretta *intra moenia*, è altrettanto idonea ad appagare le ragioni della concorrenza negli ambiti territoriali contendibili⁹³. Infatti, condizione di legittimità ori-

⁸⁹ *Contra*, se ben intendo, A. GIUSTI, *Trasporto pubblico locale. L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di giustizia*, 2465, in chiusura del terzo paragrafo.

⁹⁰ Par. 2.3.1, iv), della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007.

⁹¹ Vale la pena di puntualizzare che l'operatore interno decade dall'aggiudicazione diretta, suscettibile di doverosa rimozione, a prescindere dalla sua originaria legittimità e, quindi, anche quando illegittima per iniziale mancanza di uno dei requisiti prescritti (es. non consentito controllo analogo indiretto per il tramite di una *holding*: cfr. su ciò il par. 9).

⁹² «*Se un'autorità competente a livello locale adotta una tale decisione [aggiudicazione diretta a un operatore interno], si applicano le disposizioni seguenti*», tra le quali quella della lett. b).

⁹³ A chi prospettasse il duplice inconveniente dell'inoppugnabilità dell'aggiudicazione diretta a un operatore interno che in quel momento gareggiava *extra moenia* e della scarsa propensione dell'autorità controllante a rimuoverla quando detto evento sopraggiunga è sufficiente obiettare per un verso l'inconveniente, eguale e contrario,

ginnaria dell'aggiudicazione diretta è che in quel momento l'operatore interno non gareggi *extra moenia*⁹⁴: egli ha pertanto l'onere di astenersi dallo spendere nell'ambito territoriale contendibile il vantaggio che è in procinto di trarre dall'incombente aggiudicazione diretta. L'omessa partecipazione a gare *extra moenia* è, altresì, condizione di permanenza nel tempo dell'aggiudicazione diretta a suo favore: egli ha pertanto l'onere di rinunciare a profittare in un ambito territoriale contendibile del beneficio associato all'esecuzione *in itinere* del contratto affidatogli in via diretta *intra moenia*. Non appena dovesse giocarsi il vantaggio fuori dalle mura amiche, lo perderebbe. Ecco allora che le «*restrizioni delle attività di un operatore interno*», di cui è menzione nel considerando n. 18, assumono la forma dell'onere, anziché dell'obbligo, di non competere *extra moenia*, quale tecnica parimenti capace di assicurare «*eque condizioni di concorrenza*» negli ambiti territoriali contendibili⁹⁵⁻⁹⁶.

Dunque, il requisito funzionale del modello speciale di *in house*, che si esaurisce nell'onere dell'operatore interno di non partecipare a gare per l'aggiudicazione di servizi di trasporto pubblico *extra moenia*⁹⁷, diverge

dell'inoppugnabilità dell'aggiudicazione dall'operatore interno conseguita *extra moenia* e per altro verso la giustiziabilità dell'obbligo di rimozione. Ribadisco che è sproporzionato sommare le due tecniche (obbligo negativo la cui trasgressione comporta l'invalidità dell'ammissione a gare *extra moenia* e conseguenze parimenti letali sull'aggiudicazione diretta *intra moenia*) giacché una volta che fosse annullata l'incursione fuori dalle mura domestiche non residuerebbero ragioni per attentare all'aggiudicazione diretta all'interno di esse.

⁹⁴ Né che abbia gareggiato vittoriosamente prima, salvo che al tempo non fosse ancora un operatore interno e che tale sia divenuto per una successiva riorganizzazione.

⁹⁵ C. giust. UE, 21 marzo 2019, C-350/17 e C-351/17, pur richiestane dal giudice del rinvio, non si è pronunciata sulla natura della «*restrizione*» della libertà d'azione dell'operatore interno a causa dell'inapplicabilità *ratione temporis* dell'art. 5 del regolamento a una gara svoltasi *ante* 3 dicembre 2019, e cioè nel periodo transitorio inserito dal suo art. 8, par. 2 tra la sua entrata in vigore (3 dicembre 2009) e il 2 dicembre 2019 (punti da 38 a 45 e 53).

⁹⁶ Quanto alla facoltà della «*autorità che controlla l'operatore interno*» di inibirgli («*do-vrebbe poter vietare*») «*di partecipare a gare organizzate nel suo territorio*» (considerando n. 18), il divieto – destinato a valere nell'intero bacino sovracomunale per attività diverse dal trasporto pubblico locale – si presta a essere stabilito sia nell'esercizio del controllo a mo' di decisione di gestione dell'operatore interno, sia con apposita clausola del bando di gara approvato dall'ente di governo o dagli enti raggruppati che non contribuiscono al controllo. In quest'ultimo caso sarei propenso a ravvisare un vero e proprio divieto perché i requisiti dell'*in house*, tra i quali quello funzionale che non tiene conto di attività economiche diverse dal trasporto pubblico di passeggeri, sono compiutamente definiti altrove (art. 5, par. 2, comma 3).

⁹⁷ Nemmeno come impresa avvalsa che presta i requisiti ad altra impresa avvalente. Né come aspirante subappaltatore/subconcessionario (cfr. par. 2.3.1, *iv*), della Comunica-

non poco da quello del modello generale di *in house*, che esige invece un'attività dell'aggiudicatario diretto basata per oltre l'80% su decisioni di affidamento dell'autorità controllante⁹⁸. Trattandosi di requisito legittimante, nell'uno come nell'altro caso la sua mancanza iniziale invalida l'aggiudicazione diretta e la sua sopravvenuta carenza impone all'amministrazione di rimuoverla: nel primo caso perché l'operatore interno ha scelto di (spingere la sua vocazione commerciale fino a) misurarsi con i competitori in spazi contendibili, nel secondo perché (ha acquisito una vocazione commerciale prima pressoché sconosciuta, nel momento in cui) è assunto a attore del mercato⁹⁹.

In conclusione, per l'aggiudicazione *in house* di contratti secondo la Direttiva 2014/25/UE il requisito funzionale consiste nel superamento della soglia dell'80% di attività dell'operatore interno svolte sulla base di decisioni di affidamento assunte dagli enti locali raggruppati che lo controllano collettivamente. La mancanza del requisito comporta l'invalidità dell'aggiudicazione diretta se iniziale, l'obbligatoria cessazione della sua efficacia se sopravvenuta. La legislazione nazionale ben potrebbe rendere più impegnativo il requisito funzionale, elevandone la soglia quantitativa¹⁰⁰ o arricchendola di condizioni di ordine qualitativo¹⁰¹⁻¹⁰².

zione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007).

⁹⁸ L'eventuale avalimento a favore di imprese avvalenti, così come il subappalto/la subconcessione *extra moenia*, verrebbe computato nell'attività a favore di terzi, che deve rimanere contenuta al di sotto del 20% del totale delle attività.

⁹⁹ La scelta di diventare attore di mercato non è predicabile nel primo caso perché l'operatore interno, al di là dall'onere di non gareggiare *extra moenia*, già gode di un certo margine di vocazione commerciale, sol che si pensi alle attività economiche, *intra* o *extra moenia*, diverse dal trasporto pubblico di passeggeri e all'aggiudicazione diretta di servizi di trasporto ferroviario.

¹⁰⁰ Infondatamente C. VOLPE, *Le nuove direttive*, cit., 11, 17 e 19 discetta di «*contrasto*» tra normativa europea e nazionale, di «*diversa visione*» da superare propendendo per la prima, come se essa non concedesse agli Stati membri di aggravare i requisiti di *in house* destinato ad «*avere gli stessi connotati negli ordinamenti*» nazionali.

¹⁰¹ Ne costituisce un esempio, nel diritto italiano, l'art. 16, comma 3-*bis* del d.lgs. n. 175/2016, secondo cui «*la produzione ulteriore*» rispetto a quella effettuata, per oltre l'80%, nello svolgimento di compiti affidati dall'autorità controllante «*è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società*». A mio avviso il meccanismo di sanatoria di cui al comma 5, letteralmente stabilito per il «*caso di cui al comma 4*» (mancato rispetto della soglia quantitativa dell'oltre l'80%) non può non valere *a fortiori* (e salvi inevitabili adattamenti in via interpretativa) per il caso di cui al comma 3-*bis* (mancato rispetto della predetta condizione qualitativa inerente all'attività marginale). Diversa è la lettura dell'art. 16, comma 3-*bis*, cit. offerta da P.L. PORTALURI, *Ricorso al mercato*, 220, nota 13, e 235, che lo intende come legitti-

Per l'aggiudicazione *in house* di contratti ai sensi dell'art. 5 del regolamento n. 1370/2007 il requisito funzionale si traduce invece nell'onere di non competere¹⁰³ per l'aggiudicazione di servizi di trasporto pubblico *extra moenia*. La sua mancanza invalida l'aggiudicazione diretta se iniziale e ne comporta l'obbligatoria rimozione se sopraggiunta. Salvo che la legislazione nazionale non si orienti per imprimere all'operatore interno una dedizione pressoché esclusiva all'ente di governo del bacino territoriale, a immagine del modello generale di *in house*. Solamente per due aspetti il requisito funzionale dell'*in house* speciale riceve una disciplina più severa del suo omologo nel modello generale: l'onere di non gareggiare *extra moenia*¹⁰⁴ è dall'art. 5, par. 2, comma 3, lett. b), cit. esteso a «*qualsiasi altro soggetto sul quale*» l'operatore interno «*eserciti un'influenza anche minima*»¹⁰⁵. Così non è nell'*in house* di cui alla Direttiva 2014/25/UE, dove non entra nel computo dell'attività dell'aggiudicatario diretto quella di soggetti su cui esso esercita una qualche influenza. Inoltre, la partecipazione a una gara *extra moenia* comporta di per sé l'obbligo di rimozione dell'aggiudicazione diretta, che nel modello generale di *in house* postula per contro un fatto ulteriore, successivo ed eventuale: la discesa sotto l'80% delle attività realizzate sulla base di decisioni di affidamento

mante il superamento del limite del 20% di fatturato realizzato con soggetti terzi (stigmatizzando la sua «*capacità potenzialmente eversiva*»: «*porta spalancata*» verso «*la vocazione commerciale*»), mentre io identifico la «*produzione ulteriore*» in quella che tale è rispetto «*al limite di fatturato*» dell'80%, testualmente menzionato nella disposizione «*di cui al comma 3*» cui rinvia il comma 3-bis dell'art. 16 cit.

¹⁰² Condizioni di ordine qualitativo che non scorgo nelle credibili «*proiezioni*» suppletive di dati (fatturato o altra idonea misura) non disponibili o non più pertinenti, poiché si tratta pur sempre di integrare il criterio quantitativo di «*oltre l'80% delle attività*» (art. 28, par. 5, dir. 2014/25/UE), né, tanto meno, nella «*verifica del controllo analogo in presenza di capitali dei privati*» (così, invece, R. RUSSO, *L'immediata applicabilità dell'in house?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, versione recuperata da *De Jure*, 8).

¹⁰³ Nemmeno come impresa avvalsa che presta i requisiti ad altra impresa avvalente o come aspirante subappaltatore/subconcessionario.

¹⁰⁴ Nemmeno come impresa avvalsa, né come aspirante subappaltatore/subconcessionario.

¹⁰⁵ Ciò «*per evitare che si creino strutture societarie il cui obiettivo è aggirare*» i «*limiti geografici*» (par. 2.3.1, *iii*), della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007, ove si aggiunge che «*la Commissione sarà particolarmente rigorosa nell'applicazione della citata disposizione sui limiti geografici, in particolare quando l'operatore interno e un altro organismo che forniscono servizi di trasporto sono controllati entrambi da una autorità locale competente*», secondo lo schema che ad altri fini nelle direttive appalti identifica il c.d. *in house* orizzontale).

dell'autorità controllante¹⁰⁶.

9. CONTROLLO ANALOGO

Mentre l'art. 28 della dir. 2014/25/UE, in continuità con la pregressa giurisprudenza europea¹⁰⁷, ritiene necessaria e sufficiente, ai fini del «controllo analogo», una «influenza determinante» sugli «obiettivi strategici» e sulle «decisioni significative della persona giuridica controllata», l'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), del regolamento n. 1370/2007 esige che detto controllo¹⁰⁸ si spinga al di là delle «decisioni strategiche», fino a investire le «singole decisioni di gestione»¹⁰⁹. Incidendo su tutte le decisioni gestionali, non solamente su quelle «significative» o «importanti», il controllo nel modello speciale di *in house* è più pervasivo e quindi più stringente di quello riscontrabile nel modello generale¹¹⁰. Ciò, si badi, non contrasta con le partecipazioni private al capitale dell'operatore interno, ammesse se ininfluenti¹¹¹, né con la sufficienza, ai fini dell'aggiudicazione diretta, del controllo analogo esercitato sull'operatore interno da alcuni o da uno degli enti locali raggruppati¹¹², che nulla dice della sua gravidanza, e nemmeno con un requisito funzionale modulato in guisa da riconoscere all'operatore interno un certo margine di vocazione commerciale¹¹³. L'intensità è invece la ragione del-

¹⁰⁶ La differenza sfumerebbe se ci si orientasse per l'applicazione (si direbbe diretta piuttosto che analogica) *in malam partem* dell'art. 28, par. 5 della Direttiva 2014/25/UE laddove si accontenta di «proiezioni» credibili dell'attività o, anche a prescindere da ciò, se il legislatore nazionale imprimesse all'attività quantitativamente marginale certe qualità suscettibili di venir meno prima che quell'attività fuoriesca dai confini quantitativi (es. art. 16, comma 3-*bis* del d.lgs. n. 175/2016).

¹⁰⁷ Fin dal punto 64 della sentenza *Parking Brixen* del 2005.

¹⁰⁸ Il «controllo analogo a quello ... sui propri servizi» (comma 1 del par. 2 dell'art. 5).

¹⁰⁹ «... l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione».

¹¹⁰ N. AICARDI, *L'affidamento*, 546; M.F. TROPEA, *Affidamento*, 432.

¹¹¹ Cfr. il par. 6.

¹¹² Cfr. il par. 7.

¹¹³ Cfr. il par. 8. Si era già colta, ragionando nel paragrafo 6 sul modello generale di *in house*, l'astratta compatibilità tra il controllo ferreo e una certa vocazione commerciale che ben potrebbe essere impressa alla persona giuridica controllata dall'ente pubblico che strutturalmente ne dispone come di un docile strumento: a impedire o grandemente limitare ciò, per le distorsioni concorrenziali che ne deriverebbero, vale il requisito funzionale (punti da 59 a 62 della sentenza *Carbotermo* del 2006).

la mancata previsione del controllo analogo indiretto ¹¹⁴⁻¹¹⁵.

Dunque, per i contratti da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE il requisito strutturale dell'*in house* è: *a*) limitato a obiettivi strategici e decisioni significative della persona giuridica controllata; *b*) suscettibile, per ciò, di manifestarsi in via indiretta. A meno che il diritto statale – come il meno (condizioni più restrittive) è compreso nel più (divieto radicale) – non pretenda un controllo: *a*) tentacolare su tutte le decisioni; *b*) esclusivamente diretto. Non si ravvisano, invece, margini per un ulteriore irrigidimento, sul versante dei contratti da aggiudicare *in house* secondo il regolamento n. 1370/2007, di un controllo che già: *a*) insiste capillarmente su ogni singola decisione di gestione, quale che ne sia l'importanza, dell'operatore interno; *b*) non tollera, per ciò, modalità indirette ¹¹⁶.

¹¹⁴ Si veda invece l'art. 28, par. 1, comma 2, ultimo periodo della Direttiva 2014/25/UE, secondo cui «*tale controllo [analogo] può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*». Non prevedendo nulla di simile, il regolamento n. 1370/2007 si è allineato alle perplessità all'epoca manifestate dalla Corte di giustizia nei confronti di un «*tramite*» (es. società *holding*) suscettibile di «*indebolire il controllo*» (punto 39 della sentenza *Carbotermo* del 2006), viepiù se esso deve abbracciare tutte le decisioni di gestione, non solamente quelle più importanti.

¹¹⁵ N. AICARDI, *L'affidamento*, 546 segnala la mancata previsione nel regolamento n. 1370/2007 delle «*fattispecie innovative*» introdotte dalle direttive del 2014, tra le quali il «*controllo analogo indiretto*». Non mi paiono però pertinenti, rispetto alla gestione del trasporto pubblico locale, gli «*affidamenti in linea ascendente o collaterale*» (*in house* verticale rovesciato e orizzontale, sui cui C. VOLPE, *Le nuove direttive*, 8-9, cui si obietta soltanto che C. giust. UE, 8 maggio 2014, C-15/13 non prese alcuna posizione sull'*in house* orizzontale, come risulta dalla lettura dei suoi punti 28, 31 e 33).

¹¹⁶ Si infrange contro il diritto positivo – e segnatamente contro le differenze tra l'*in house* speciale di cui all'art. 5, par. 2, del regolamento n. 1370/2007 e l'*in house* generale codificato dalle direttive del 2014 (l'uno e l'altro testualmente compatibili con il contratto) – il tentativo di Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2022, n. 1620 di revocare in dubbio, rispetto al trasporto con autobus e tram, la necessità e la stessa possibilità di distinguere tra appalto e concessione in presenza dell'aggiudicazione diretta a un operatore interno, stante la pretesa assenza di un contratto tra i due: la distinzione tra appalto e concessione varrebbe per le aggiudicazioni con gara e per quelle dirette che non avvengono a favore di un operatore interno, mentre queste ultime sarebbero comunque soggette all'art. 5, par. 2, cit.

È sufficiente osservare, in contrario, che l'art. 5, par. 1 indica tra le disposizioni inapplicabili allorché i contratti devono essere aggiudicati secondo la Direttiva 2014/25/UE quelle dettate dal par. 2 a proposito dell'aggiudicazione diretta all'operatore interno.

10. DEROGA ALL'ONERE DI NON GAREGGIARE *EXTRA MOENIA*

Chiarito in cosa consiste e su chi incombe l'onere – per gli operatori interni aggiudicatari diretti di contratti di servizio – di non competere per servizi di trasporto pubblico di passeggeri «fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale»¹¹⁷, si segnala che l'art. 5, par. 2, comma 3, lett. c) introduce una deroga subordinata a una serie di presupposti cumulativi: «un operatore interno può partecipare a una procedura di gara ... da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta». Il primo presupposto è di ordine temporale: che si versi nell'ultimo biennio di esecuzione del contratto aggiudicato direttamente all'operatore interno («può partecipare ... da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta»). Il secondo presupposto consiste in una determinazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale: «la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara» i servizi «coperti» dal contratto di servizio aggiudicato direttamente all'operatore interno, in vista della sua scadenza¹¹⁸. «Decisione definitiva» sta a significare, nel contempo, «decisione non impugnata o invano impugnata dall'operatore interno» e, onde evitare che ricorsi d'altri, tanto strumentali quanto manifestamente inammissibili per carenza di interesse, paralizzino ingiustamente l'operatore interno, «decisione efficace» (non importa se non ancora «definitiva»)¹¹⁹. Il terzo e ultimo presupposto consiste nell'omessa aggiudicazione diretta all'operatore interno di altri contratti di servizio (di trasporto ferroviario)¹²⁰ («non ab-

¹¹⁷ Nemmeno come impresa avvalsa che presta i requisiti ad altra impresa avvalente o come aspirante subappaltatore/subconcessionario.

¹¹⁸ La decisione va assunta «almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara», atteso l'obbligo dell'autorità competente di pubblicare nella GUUE l'avviso di preinformazione di cui all'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1370/2007.

¹¹⁹ L'esposizione della decisione a poteri di annullamento d'ufficio o di revoca non la priva di definitività: così, invece, A. CABIANCA, *Il trasporto*, 54.

¹²⁰ Cfr. i parr. 3-bis, 4-bis, 4-ter, 5 e 6 dell'art. 5 del regolamento n. 1370/2007, da leggere alla luce del suo considerando n. 18.

Aggiudicazioni dirette di servizi di trasporto non ferroviario comporterebbero l'obbligatoria rimozione dell'aggiudicazione diretta tra le mura amiche, nelle more della quale resisterebbe e all'esito della quale non residuerebbe l'onere di astenersi dal gareggiare *extra moenia*.

bia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta»)¹²¹.

11. IN HOUSE IN SENSO STRETTO A DISPETTO DELLA TERZIETÀ FORMALE DEL PRESTATORE DI SERVIZI

Secondo la sentenza *Asemfo* del 2007 il requisito del «controllo analogo» è integrato se una società pubblica, soggetta a un regime giuridico speciale, «non dispone di alcun margine di libertà, né in merito al seguito da dare» agli «incarichi» ricevuti dalle amministrazioni socie, «né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni». Essendo «tenuta ad eseguire gli incarichi» alle condizioni anche tariffarie che le sono unilateralmente dettate, una simile società finisce per costituire uno «strumento esecutivo interno e servizio tecnico» delle amministrazioni, con cui intrattiene relazioni che «non sono di natura contrattuale» (punti 54 e 60). Benché la sentenza *Asemfo* venga sovente richiamata come una di quelle fondanti il concetto di «controllo analogo congiunto»¹²², a mio avviso essa delinea un meccanismo diverso: tanti controlli individuali quante sono le amministrazioni socie (controlli individuali paralleli), se è vero che ciascuna di esse, agendo solitariamente, può impartire ordini alla società. Anzi, sol che la normativa nazionale lo prevedesse, i controlli individuali paralleli ben potrebbero prescindere dalla qualità di socio per promanare da qualsiasi amministrazione all'uopo identificata¹²³. Ma quel che ora interessa è l'affermata natura interna e non contrattuale del rapporto con le amministrazioni, a delineare un *in house* in senso stretto a dispetto della terzietà formale di un prestatore di servizi retrocesso, in forza del suo peculiare regime giuridico, ad azienda-organo di amministrazioni controllanti cui è esclusivamente dedicato.

Lo schema è stato recepito nel considerando n. 34 della Direttiva 2014/24/UE, cui rinvia il considerando n. 38 della Direttiva 2014/25/UE:

¹²¹ È anche per questo che l'operatore interno «ha il diritto di impugnare la decisione che [gli] impone», in via di «emergenza», la fornitura (per quel che ora rileva) di un servizio di trasporto ferroviario (art. 5, par. 5, comma 2, secondo periodo, del regolamento): se non sospesa ed eliminata, essa osta alla deroga all'onere di non competere *extra moenia*.

¹²² Insieme alle sentenze *Coditel Brabant* del 2008, *Sea* del 2009 e *Econord* del 2012.

¹²³ Un'esplicita indicazione in questo senso si trova nel punto 68 della sentenza *Porin* del 2020, secondo cui «il criterio della detenzione di una quota del capitale» non costituisce «l'unico mezzo per conseguire» l'obiettivo del «controllo analogo», suscettibile di «manifestarsi in un modo diverso dai criteri fondati su rapporti di capitale».

«In taluni casi un soggetto giuridico agisce, a norma delle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, quale strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici, è obbligato a eseguire le istruzioni ricevute da tali amministrazioni aggiudicatrici e non ha alcuna influenza sulla remunerazione della sua prestazione. Tale rapporto puramente amministrativo, in considerazione della sua natura extracontrattuale, non dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici». Ecco allora che per i servizi da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE l'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale – a meno che il diritto nazionale non frapponga ostacoli – può optare per una modalità organizzativa siffatta, con la quale fornisce esso stesso, attraverso un proprio «strumento o servizio tecnico», il servizio.

Prima ancora delle direttive sugli appalti del 2014 tale forma di *in house* in senso stretto, probabilmente sulla scia della sentenza *Asemfo*, era già stata codificata dall'art. 2, lett. i), del regolamento n. 1370/2007, secondo cui il «contratto di servizio pubblico», oltre che in un «accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico», «può, altresì, secondo l'ordinamento giuridico degli Stati membri, consistere in una decisione adottata dall'autorità competente ... che specifica le condizioni» cui la fornitura dei servizi è affidata «a un operatore interno». È pertanto ipotizzabile, «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale»¹²⁴, una gestione a mezzo di impresa-organo istituita dall'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale o da uno degli enti locali aggregati o a mezzo della sinergia tra più imprese-organo istituite da altrettanti enti locali¹²⁵, purché l'impresa o le imprese-organo siano tenute ad eseguire gli ordini senza alcun margine di scelta sul seguito da darvi né sulle condizioni anche economiche, e a ciò siano esclusivamente dedite.

¹²⁴ *Incipit* dell'art. 5, par. 2, comma 1.

¹²⁵ Argomentando dalla sufficienza, ai fini dell'aggiudicazione diretta a un operatore interno, del controllo esercitato su di esso da alcuni o da uno degli enti locali raggruppati (cfr. il par. 7).

Come si vede, pure in mancanza del contratto residua una differenza tra modello speciale e generale di *in house* in senso stretto: nemmeno in questo caso è dato prescindere dalla distinzione tra appalti e concessioni di servizi (*contra* Cons. St., sez. VI, ord. 7 marzo 2022, n. 1620 che, propenso ad applicare in ogni caso l'art. 5, par. 2, del regolamento n. 1370/2007 all'aggiudicazione diretta a un operatore interno del trasporto con autobus o tram, ha sollevato sul punto una mal posta questione pregiudiziale interpretativa).

12. AGGIUDICAZIONI DIRETTE DIVERSE DALL'IN HOUSE

Per i contratti da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007, il suo art. 5 prevede due ipotesi di aggiudicazione diretta diverse dall'*in house*.

Ritenuto «opportuno che la gara ... per l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico non sia obbligatoria quando il contratto ha per oggetto somme o distanze di modesta entità» (primo periodo del considerando n. 23), l'art. 5, par. 4, comma 1 abilita le autorità competenti, «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale», ad «aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico:

a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1.000.000 € o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri, inferiore a 7.500.000 €; oppure

b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300.000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500.000 chilometri l'anno»¹²⁶.

Ritenuto altresì conveniente – «per somme o distanze» di entità «maggiore» di quelle testé definite modeste – «tenere conto degli interessi specifici delle piccole e medie imprese» (secondo periodo del considerando n. 23)¹²⁷, l'art. 5, par. 4, comma 2 autorizza le autorità competenti ad aggiudicare direttamente a piccole e medie imprese aventi «in esercizio non più di 23 veicoli stradali» contratti di «valore annuo medio stimato inferiore a 2.000.000 €» o che riguardano la prestazione di servizi «inferiore a 600.000 chilometri l'anno»¹²⁸. L'incipit «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale», sebbene non testualmente ribadito nel comma 2 del paragrafo 4, deve intendersi ivi riproposto per identità di *ratio*¹²⁹. Il

¹²⁶ Per la definizione di «valore di un servizio, di una linea, di un contratto di servizio pubblico» si veda l'art. 2, lett. k), del regolamento.

¹²⁷ Un fugace cenno agli «interessi delle piccole e medie imprese» e alla «facoltà» delle autorità competenti «di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico», sia pure «secondo le modalità prescritte» dal regolamento, compare già nel considerando n. 9.

¹²⁸ Il comma 2 raddoppia le soglie *de minimis* individuate nel comma 1.

È superfluo precisare che «alle autorità competenti non dovrebbe essere consentito di suddividere contratti o reti al fine di evitare procedure di gara» (ultimo periodo del considerando n. 23).

¹²⁹ Degna di nota l'entità delle soglie *de minimis* stabilite dall'art. 5, par. 4, commi 1 e 2, specie se: a) rapportata alle durate massime dei contratti di servizio (fissate dall'art. 4, par. 3 e 4, su cui il successivo paragrafo 14: il valore del contratto può arrivare a seconda dei casi a 10 o 20 o 112,5 milioni di euro) e all'assenza di restrizioni alla libertà d'azione

riferimento ai «veicoli stradali» circoscrive al solo trasporto su strada l'ambito applicativo del comma 2. «Una piccola o media impresa è una società che eroga i servizi di trasporto pubblico operando con non più di 23 veicoli»¹³⁰. Come il meno è compreso nel più, gli Stati membri possono, prima ancora che proibire le aggiudicazioni dirette in parola, ridurre le relative soglie¹³¹.

Inoltre, ritenuto che «quando vi è il rischio di interruzioni della fornitura dei servizi, le autorità competenti dovrebbero poter adottare misure di emergenza a breve termine in attesa dell'aggiudicazione» a norma del regolamento «di un nuovo contratto di servizio pubblico» (considerando n. 24), l'art. 5, par. 5 del regolamento assegna loro il potere-dovere di «adottare provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di una tale situazione». Essi «assumono la forma» di un «accordo formale»¹³² o di «un'imposizione dell'obbligo»¹³³; la loro durata «non supera i due anni». Trattandosi di fronteggiare interruzioni o pericoli imminenti di interruzioni del servizio, la disposizione non ripropone la formula «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale»: gli Stati non sono autorizzati a frapporre veti. L'art. 5, par. 5, cit. non richiede che l'emergenza non derivi da «eventi imprevedibili» e «non imputabili» alla stazione appaltante, diversamente dalle direttive appalti, ove solamente un'urgenza così contraddistinta legittima la procedura

dell'operatore di servizio pubblico (cfr. il precedente par. 8); b) confrontata con le ben più modeste soglie di rilevanza europea degli appalti pubblici di servizi. Cfr. N. AICARDI, *L'affidamento*, 550. Lascia in effetti perplessi la presunzione di assenza di interesse transfrontaliero da cui procede il regolamento, viepiù alla luce del rigore dell'Unione europea in altri settori.

¹³⁰ Par. 2.3.3 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007, ove l'ulteriore precisazione che la soglia di 23 veicoli «va interpretata in maniera restrittiva» per evitare «l'abuso» di quella che è pur sempre un'eccezione, sicché deve aversi riguardo «al numero totale di veicoli utilizzati dall'operatore di trasporto pubblico e non al numero di veicoli utilizzati per i servizi oggetto di un particolare contratto di servizio pubblico».

¹³¹ Par. 2.3.4 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007.

¹³² Non necessariamente «per prorogare un contratto», anche per stipularlo *ex novo*: il regolamento dice sul punto meno di quel che vorrebbe.

¹³³ È impropria la menzione della «aggiudicazione diretta» tra le forme dei «provvedimenti di emergenza»: quale che ne sia la «forma» («accordo formale» o «imposizione dell'obbligo»), essi danno sempre vita a un'aggiudicazione diretta, intesa come quella non preceduta da alcuna «gara» (art. 2, lett. h), del regolamento). Solo quando la «decisione» assume le sembianze della «imposizione dell'obbligo» «l'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnarla».

negoziata senza previo bando¹³⁴. Le misure di emergenza sfuggono all'obbligo dell'autorità competente di pubblicare nella GUUE, «*almeno un anno prima*» dell'aggiudicazione diretta, le informazioni di cui all'art. 7, par. 2, del regolamento¹³⁵.

Per garantire «*maggiore trasparenza*» dei contratti «*aggiudicati direttamente*» (considerando n. 31), l'art. 7, par. 4, dispone che «*quando è richiesta da una parte interessata l'autorità competente le trasmette la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico*».

13. PROCEDURA DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO A UN TERZO DIVERSO DA UN OPERATORE INTERNO

In alternativa alle varie modalità operative nelle quali si manifesta la «*autoprestazione*» e alle ulteriori ipotesi di aggiudicazione diretta, le autorità competenti hanno facoltà di affidare il contratto «*a un terzo diverso da un operatore interno*», da selezionare mediante «*una procedura di gara*» (modello della concorrenza per il mercato, nel quale la gara è propeudeutica all'individuazione di un gestore cui concedere un diritto di esclusiva in un determinato ambito territoriale: art. 5, par. 3, del regolamento)¹³⁶⁻¹³⁷.

¹³⁴ Art. 50, lett. d) della dir. 2014/25/UE.

¹³⁵ È l'ultimo comma dello stesso par. 2 dell'art. 7 a precisare che «*il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5*».

Non tragga in inganno il considerando n. 29 allorché, ai fini dell'esonero dall'obbligo della pre-informazione, accosta alle «*misure di emergenza*» i «*contratti relativi a distanze limitate*»: questi ultimi, lungi dal coincidere con quelli di cui all'art. 5, par. 4, cit., sono solo quelli che riguardano «*una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri*» (art. 7, par. 2, comma 2, del regolamento).

¹³⁶ La logica delle «*procedure di aggiudicazione eque e trasparenti*» è illustrata nel considerando n. 6 del regolamento in termini di incremento degli «*scambi fra Stati membri*» e, segnatamente, di aumento del numero degli «*operatori di servizio pubblico*» che prestano «*servizi di trasporto di passeggeri in più di uno Stato membro*», senza che ciò ostacoli «*l'adempimento dei compiti specifici*» loro assegnati (considerando n. 7). Il precedente regolamento CEE n. 1191/69 nulla disponeva in ordine alle modalità di aggiudicazione. È grazie al ruolo di traino assunto da «*molti Stati membri*», che «*hanno adottato una legislazione che prevede la concessione di diritti di esclusiva e la stipulazione di contratti di servizio pubblico, almeno per una parte del loro mercato dei trasporti pubblici, sulla base di procedure di aggiudicazione eque e trasparenti*», che la Comunità europea ha avvertito nei primi anni Duemila – anche per superare «*l'applicazione di procedure difformi*», foriere di «*incertezza giuridica riguardo ai diritti degli operatori di servizio pubblico e agli obblighi delle autorità competenti*» – la necessità di «*aggiornare il quadro normativo comunitario*»,

«Le disposizioni» del regolamento «devono lasciare impregiudicati gli obblighi applicabili alle pubbliche autorità in forza delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, quando i contratti di servizio pubblico rientrano nel loro ambito di applicazione» (considerando n. 20). Ecco allora che «se i contratti devono essere aggiudicati a norma» della Direttiva 2014/25/UE, «le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6» – e tra esse quella del par. 3 – dell'art. 5 del regolamento «non si applicano» (art. 5, par. 1). Si applicano, invece, all'aggiudicazione dei contratti secondo il regolamento¹³⁸. «La procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e

finalmente occupandosi delle «modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico».

¹³⁷ L'esternalizzazione mediante procedura competitiva ben potrebbe manifestarsi nell'aggiudicazione diretta a una società a capitale misto pubblico-privato, con *partner* privato selezionato tramite gara a doppio oggetto (temporanea qualità di socio e affidamento del servizio). Non è precluso al diritto nazionale identificare nel contratto di appalto o di concessione affidato al *partner* privato l'«oggetto esclusivo dell'attività della società mista» (così ad esempio l'art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016), senza porsi per ciò in contrasto con il regolamento n. 1370/2007 che neppure la menziona. L'unico accenno al «partenariato pubblico-privato», che fa capolino nell'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), secondo periodo, cit., è infatti frutto di un equivoco, volendo in realtà permettere partecipazioni private minoritarie nel capitale degli operatori interni, in deroga al divieto frapposto dalla giurisprudenza europea del tempo (cfr. il par. 6): niente a che fare con il modello del partenariato pubblico-privato 'istituzionalizzato', che, ancorché non nominato, deve senz'altro ritenersi consentito tanto per i contratti da aggiudicare ai sensi del regolamento, quanto per quelli da aggiudicare a mente della Direttiva 2014/25/UE, quale particolare modalità dell'appello alla concorrenza.

¹³⁸ L'impostazione dualistica del regolamento si riflette su subappalti e subconcessioni. Il considerando n. 20 chiarisce, in termini generali, che le «disposizioni» del regolamento «devono lasciare impregiudicati gli obblighi applicabili alle pubbliche autorità in forza delle direttive» sugli appalti «quando i contratti di servizio pubblico rientrano nel loro ambito di applicazione». In particolare, l'art. 5, par. 1, del regolamento dispone che «se i contratti devono essere aggiudicati a norma» della Direttiva 2014/25/UE, «non si applicano» «le disposizioni dei» suoi «paragrafi da 2 a 6», tra le quali quella del par. 2, comma 3, lett. e), che rinvia all'art. 4, par. 7: l'uno e l'altro inapplicabili laddove l'aggiudicazione del contratto sia retta dalla Direttiva 2014/25/UE.

Dunque, laddove regola l'aggiudicazione del contratto, la Direttiva 2014/25/UE si occupa altresì del subappalto, mentre per i contratti da aggiudicare secondo il regolamento il subappalto/subconcessione è disciplinato dal suo art. 4, par. 7 e, in caso di aggiudicazione diretta a un operatore interno, dal suo art. 5, par. 2, comma 3, lett. e).

Sono i «documenti di gara» a decidere della «possibilità» e della «estensione» di subappalto/subconcessione. «In caso di subappalto»/subconcessione, l'operatore di servizio pubblico «è tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio di trasporto pubblico»; fa eccezione il contratto «comprendente allo stesso tempo progettazione, costruzione e gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri», che «può prevedere il subappalto [o la subconcessione] integrale» per la sola «gestione», ferma restando la fornitura diretta da parte dell'operatore di servizio pubblico di una parte importante della progettazione e costruzione (art. 4, comma 7, applicabile a patto che la prestazione del

servizio costituisca l'oggetto principale del contratto, diversamente imponendosi la disciplina delle concessioni di lavori di cui alla Direttiva 2014/23/UE, argomentando dall'art. 1, par. 3, del regolamento n. 1370/2007 e dall'art. 20, par. 1, comma 1, della stessa Direttiva 2014/23/UE: cfr. N. AICARDI, *L'affidamento*, cit., 540-541). L'operatore interno, «in caso di subappalto [o subconcessione] ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7», «è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi» (art. 5, par. 2, comma 3, lett. e): secondo il par. 2.2.9 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007 – ove è enunciata la *ratio* di evitare la costituzione di «falsi operatori interni» – «appare ragionevole considerare che per il subappalto di più di un terzo dei servizi ... deve sussistere una forte giustificazione»).

In tutti i casi la «selezione» del subappaltatore/subconcessionario avviene «in conformità alla normativa comunitaria» (considerando n. 19): in particolare, in conformità alla Direttiva 2014/25/UE per i contratti da aggiudicare secondo la stessa e ai principi generali del TFUE (libertà di stabilimento, libertà di prestazione dei servizi, ecc.) per quelli da aggiudicare secondo il regolamento. Mentre nel primo caso il subappalto è contratto derivato da quello principale, nel secondo la circostanza che il subappaltatore/subconcessionario sia selezionato nel rispetto dei principi generali del TFUE lo allontana dal paradigma dei contratti derivati per avvicinarlo alla logica dei lotti nei quali è disarticolata un'unitaria commessa.

Riguardo ai contratti da aggiudicare secondo il regolamento, distinguerei tre ipotesi, a seconda che il subappalto/subconcessione acceda a un contratto aggiudicato *in house*, con gara o in una via pur sempre diretta ma diversa dall'*in house*. Nella prima ipotesi non ravviso rischi di frazionamento artificioso dell'unitaria commessa poiché il servizio avrebbe potuto essere affidato interamente all'operatore interno, sicché il subappalto/subconcessione costituisce anzi il mezzo per fare ricorso al mercato quanto meno su una frazione del servizio. Nella seconda ipotesi potrebbe invece porsi la necessità di reprimere un frazionamento per far scendere artificiosamente il valore del contratto di servizio, al netto del subappalto, al di sotto della soglia *de minimis*. Nella terza ipotesi, atteggiandosi il regolamento come disciplina speciale rispetto ai principi del TFUE, la facoltà di aggiudicazione diretta è suscettibile di propagarsi al subappalto/subconcessione, che potrebbe però divenire, se così si orienta l'autorità competente, veicolo per un appello alla concorrenza quanto meno su un segmento del servizio.

Nell'ipotesi di subappalto/subconcessione che accede a un contratto aggiudicato *in house*, la selezione del subappaltatore/subconcessionario è condotta dall'autorità competente o dal «suo operatore interno» che agisce su mandato della prima (considerando n. 19).

Proprio perché selezionato «in conformità della normativa comunitaria», la libertà d'azione del subappaltatore/subconcessionario non soffre di alcuna restrizione: «non» gli si «dovrebbe impedire di partecipare a procedure di gara nel territorio di qualsiasi autorità competente» (considerando n. 19).

Tornando un momento ai contratti aggiudicati secondo la Direttiva 2014/25/UE, il subappalto è a mio avviso incompatibile con la natura interna dell'operazione *in house*: se ciò è consentito dal regolamento, con il vincolo che la maggior parte del servizio sia prestata dall'operatore interno, è solo perché la selezione del subappaltatore/subconcessionario rispetta i principi generali del TFUE; non è per contro permesso dalle direttive appalti in mancanza di analoga garanzia (contra N. AICARDI, *L'affidamento*, 548-549, concentrato sulla condivisibile necessità di evitare «falsi operatori interni» ma dimentico delle modalità non concorsuali di selezione dei subappaltatori nelle direttive sugli appalti; non pare cogliere il problema invece, la Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007).

*rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione»*¹³⁹. «Dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione, il procedimento può dar luogo a negoziati, nel rispetto dei suddetti principi, allo scopo di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti elementari o complessi» (art. 5, par. 3)¹⁴⁰, come nell'ambito di quello che nelle direttive sugli appalti è il «*dialogo competitivo*». Già nel 2000 la Comunicazione interpretativa della Commissione CE sulle concessioni nel diritto comunitario¹⁴¹ evidenziava che talvolta «*il concedente*» non è in grado «*di definire i propri bisogni in termini tecnici sufficientemente precisi*», donde l'opportunità di determinarli «*in collaborazione con imprese del settore*», sempre nel rispetto della *par condicio*¹⁴². Le autorità competenti possono imporre la c.d. clausola sociale per garantire al personale già dedicato al servizio dal gestore uscente di transitare presso quello subentrante con gli stessi diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento

¹³⁹ «*Benché non sia un requisito obbligatorio, gli Stati membri possono applicare le regole procedurali più dettagliate della legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici*» (par. 2.3.2 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007).

In ogni caso «*i criteri di valutazione per la selezione delle offerte devono essere pubblicati insieme ai documenti di gara*», «*il periodo che intercorre tra l'avvio della procedura di gara e la presentazione delle offerte, nonché il periodo tra l'avvio della procedura di gara e la data a partire dalla quale deve iniziare la prestazione dei servizi di trasporto, sono di durata adeguata e ragionevole*», le autorità competenti forniscono «*ai potenziali offerenti tutti i dati tecnici e finanziari utili, comprese le informazioni relative alla ripartizione dei costi e delle entrate*», ai fini della «*preparazione delle offerte*» (par. 2.3.2 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007).

¹⁴⁰ Cfr. pure il considerando n. 22, ove si legge che laddove i «*bandi di gara impongono alle autorità competenti la definizione e la descrizione di sistemi complessi*», appare «*opportuno che, nell'aggiudicare contratti in tali casi, dette autorità abbiano facoltà di negoziare i dettagli con tutti i potenziali operatori di servizio pubblico o con alcuni di essi dopo la presentazione delle offerte*». La sensibile divergenza tra il considerando n. 22, che si riferisce alla definizione di «*sistemi complessi*», e l'art. 5, par. 3, cit. ove si discorre della necessità «*di determinare il modo migliore per soddisfare requisiti ... complessi*» ma anche «*elementari*», va risolta dando prevalenza al chiaro precetto dell'art. 5, par. 3, cit., nel senso che i «*negoziati*» finalizzati a «*determinare il modo migliore per soddisfare*» l'interesse pubblico all'ottimale erogazione del servizio possono vertere pure su «*requisiti elementari*», oltre che su quelli «*complessi*».

¹⁴¹ Cfr. in particolare il par. 3.1.1.

¹⁴² «*Anche in caso di preselezione e negoziato, la procedura di aggiudicazione deve sempre soddisfare le condizioni previste dall'articolo 5, paragrafo 3*» (par. 2.3.2 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007).

d'azienda¹⁴³.

Si tratti di contratti da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE¹⁴⁴ o il regolamento, mediante gara o aggiudicazione diretta¹⁴⁵, «ciascuna autorità competente» è obbligata a pubblicare nella GUUE, «almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara» o «dell'aggiudicazione diretta del contratto», un avviso di pre-informazione contenente una serie di «informazioni» relative alla stessa «autorità competente», al «tipo di aggiudicazione previsto», ai «servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione» e alla «data d'inizio e durata del contratto» (art. 7, par. 2, comma 1, del regolamento)¹⁴⁶. Qualora le «in-

¹⁴³ Art. 4, par. 5, del regolamento: «... le autorità competenti possono imporre all'operatore del servizio pubblico prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23/CE. Qualora le autorità competenti impongano a un operatore di servizio pubblico di conformarsi a taluni standard sociali, i documenti di gara e i contratti di servizio pubblico individuano il personale interessato e ne precisano in modo trasparente i diritti contrattuali e le condizioni alle quali si ritiene che i dipendenti siano vincolati ai servizi». Cfr. il par. 2.2.8 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento n. 1370/2007.

¹⁴⁴ L'art. 5, par. 1, del regolamento limita le disposizioni inapplicabili ai contratti da aggiudicare secondo la Direttiva 2014/25/UE a quelle dei suoi «paragrafi da 2 a 6»: tra esse non rientra l'obbligo di pubblicazione preventiva fissato dall'art. 7, par. 2. C. giust. UE, 20 settembre 2018, C-518/17, *St. Ru.*, argomentando da ciò, ravvisa nell'art. 7, par. 2, cit. una norma speciale che si aggiunge, integrandole, alle norme generali sugli appalti pubblici di servizi, sicché «l'obbligo di pre-informazione ... si applica ad appalti di servizi pubblici di trasporto con autobus» aggiudicati secondo la Direttiva 2014/25/UE (punti da 45 a 53).

¹⁴⁵ Sembra invece rimanere fuori dal perimetro della disposizione *in house* in senso stretto.

¹⁴⁶ Cfr. il considerando n. 29: «... le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare» i contratti, «così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi», e cioè di reagire e di prepararsi a seconda che sia prevista un'aggiudicazione diretta o con gara.

Per quel che riguarda le conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di pubblicare l'avviso di pre-informazione, C. giust. UE, 20 settembre 2018, C-518/17, *St. Ru.* distingue tra aggiudicazione senza gara e con gara (punto 65): mentre nel primo caso «la mancanza di preinformazione può comportare che l'operatore economico non possa sollevare obiezioni prima» dell'aggiudicazione diretta, che è perciò sempre (autonomamente impugnabile e) annullabile (punto 66), nel secondo caso l'annullamento della gara (*rectius*: del «bando di gara» nella lettera e nella logica della Corte) può essere subordinato dal diritto nazionale alla «prova del fatto che, in seguito alla pubblicazione di un bando di gara, l'assenza di preinformazione» abbia «sensibilmente svantaggiato» il ricorrente «rispetto all'operatore economico» uscente, cosa che «spetta al giudice del rinvio verificare» alla luce, tra l'altro, dell'estensione del termine stabilito nel bando per la ricezione delle offerte e del fatto che il ricorrente abbia magari preso altrimenti conoscenza, per tempo, delle informazioni che avrebbero dovuto essere trasfu-

formazioni cambino» tra la «loro pubblicazione» e l'aggiudicazione diretta o la pubblicazione del bando di gara, «l'autorità competente pubblica di conseguenza una rettifica al più presto», senza che ciò differisca l'aggiudicazione diretta o la pubblicazione del bando di gara (art. 7, par. 2, comma 3)¹⁴⁷. Tale obbligo di pubblicazione preventiva non si applica ai «provvedimenti di emergenza» di cui all'art. 5, par. 5¹⁴⁸ e muta in facoltà «qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50.000 chilometri di servizi» (commi 2 e 4 del par. 2 dell'art. 7)¹⁴⁹.

se nell'avviso di pre-informazione (punti da 67 a 72). Fa applicazione del principio Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2020, n. 441, menzionata da G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia*, 140, nota 89.

C. giust. UE, 24 ottobre 2019, C-515/18, *AGCM*, ha condivisibilmente statuito che l'art. 7, par. 2 e 4, «deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico ... non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa di tutte le offerte eventualmente ricevute in seguito alla pubblicazione di tali informazioni» (punto 37). Ciò in base al chiaro tenore letterale delle disposizioni (punto 24), alla nozione di aggiudicazione diretta (punti 27-30) e ai lavori preparatori del regolamento (punto 35). Ne dà conto G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia*, 140-144. Risulta così smentita l'impostazione sostenuta in una segnalazione congiunta di AGCM, ANAC e ART, su cui M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, 203-207. La sentenza della Corte di giustizia resiste alle critiche mosse da M.F. TROPEA, *Affidamento*, 445-449, ove una certa confusione, nel solco della predetta segnalazione congiunta, tra quel che il diritto positivo è e quel che si vorrebbe che fosse.

Degna di nota è la ritenuta immediata impugnabilità dell'avviso di pre-informazione (punto 33 della sentenza *AGCM* del 2019: «diritto di contestazione» del «principio stesso dell'aggiudicazione diretta prevista dall'autorità competente», «a partire dal momento indicato» nell'art. 7, par. 2, e cioè dalla pubblicazione dell'avviso), della quale vi era già traccia nel punto 66 della sentenza *St. Ru.* del 2018 («obiezioni» sollevabili avverso l'avviso di pre-informazione, «prima» dell'aggiudicazione diretta).

¹⁴⁷ Così si interpreta l'infelice locuzione «data di avvio dell'aggiudicazione diretta o del bando di gara».

¹⁴⁸ Cfr. il comma 4 del par. 2 dell'art. 7: «Il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5» (cfr. il precedente paragrafo 12).

¹⁴⁹ Già nel considerando n. 29 si eccettuano dall'obbligo di pubblicazione preventiva, oltre che le «misure di emergenza», i «contratti relativi a distanze limitate»: distanze che l'art. 7, par. 2, comma 2, precisa poi in forniture di meno di 50.000 chilometri l'anno.

14. DURATA DEI CONTRATTI DI SERVIZIO

Dato che «i contratti di lunga durata possono comportare la chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario, con conseguente riduzione degli effetti positivi della pressione della concorrenza», «è opportuno che i contratti di servizio pubblico abbiano una durata limitata», commisurata in modo da «ridurre al minimo le distorsioni di concorrenza e al tempo stesso salvaguardare la qualità dei servizi» (considerando n. 15)¹⁵⁰. Le disposizioni del regolamento sulla durata dei contratti (art. 4, par. 3 e 4) valgono anche per i contratti aggiudicati secondo la Direttiva 2014/25/UE perché l'art. 5, par. 1, limita le disposizioni in quei casi inapplicabili a quelle «dei [suoi] paragrafi da 2 a 6».

L'art. 4, par. 3, del regolamento stabilisce che i contratti «sono conclusi per una durata determinata non superiore a»: 10 anni «per i servizi di trasporto con autobus»; 15 anni «per i servizi di trasporto ... per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia [tram e metropolitana]»; 15 anni per i contratti «relativi a più modi di trasporto», «se i trasporti per ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia rappresentano oltre il 50% del valore dei servizi di cui trattasi» (altrimenti 10 anni)¹⁵¹. Secondo l'art. 4, par. 4, comma 1, del regolamento, la durata del contratto «può essere prorogata, al massimo del 50%, se», «tenuto conto delle modalità di ammortamento dei beni», «l'operatore del servizio pubblico fornisce beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto di passeggeri oggetto del contratto di servizio pubblico e prevalentemente finalizzati ai servizi di trasporto di passeggeri previsti dal contratto». Ai sensi dell'art. 4, par. 4, comma 2, «se i costi derivanti dalla particolare situazione geografica» propria delle «regioni ultraperiferiche» di cui all'art. 349 TFUE «lo giustificano», «la durata dei contratti di servizio pubblico di cui al paragrafo 3 ... può essere prorogata al massimo del 50%»¹⁵². Argomentando a contrario dal comma 3 del par. 4 dell'art. 4 cit. e in linea con il contenuto del considerando n. 15, le ricordate previsioni sulla “pro-

¹⁵⁰ Per considerazioni generali sulla durata dei contratti di servizio proporzionata ai tempi di recupero degli investimenti, cfr. G. CAIA, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, 6-7.

¹⁵¹ Per la definizione di “valore” del servizio cfr. art. 2, lett. k), del regolamento.

¹⁵² A mio avviso il riferimento testuale alla «durata ... di cui al paragrafo 3» non vale a escludere la cumulabilità delle due «proroghe» (commi 1 e 2 del par. 4 dell'art. 4), sussistendone i rispettivi presupposti, bensì a chiarire che ciascuna va calcolata sulla «durata determinata» del contratto, a sua volta rispettosa di quella massima pari a 10 o 15 anni (par. 3 dell'art. 4).

roga” sono applicabili ai contratti aggiudicati con gara come a quelli aggiudicati direttamente. Il che, tuttavia, non elide, a mio avviso, la necessità di sceverare le due evenienze. Nell’ipotesi di gara è il bando a stabilire, se del caso, una durata più estesa del contratto da affidare, comunque non oltre il 50% della «*durata determinata*» rispettosa di quella massima (10 o 15 anni), vuoi perché prevede la fornitura di «*beni di entità significativa*» ammortizzabili in tempi lunghi, vuoi perché stima extracosti derivanti dalla «*particolare situazione geografica*» della regione ultraperiferica. A ragionare diversamente si ammetterebbe una rinegoziazione postuma di elementi essenziali del contratto (durata e oggetto) tale da vanificare l’iniziale gara¹⁵³. Invece, nell’ipotesi di aggiudicazione diretta – e sempre che ne persistano i non aggirabili presupposti legittimanti – può trattarsi di vera proroga della durata iniziale del contratto (nella misura massima del 50%), in assenza del rischio di svilire una gara mai celebrata¹⁵⁴. Dunque, nell’ipotesi di gara non di vera «*proroga*» si tratta, ma di una più consistente durata prestabilita nel bando; non viene in rilievo, quale parametro cui commisurare la «*proroga*», la «*durata iniziale*» del contratto¹⁵⁵, bensì la sua «*durata determinata*» dall’autorità competente ai sensi del paragrafo 3 nel rispetto di quella massima pari a 10 o 15 anni. Corroborata tale impostazione l’ultimo comma del par. 4 dell’art. 4, secondo cui «*se l’ammortamento del capitale in relazione all’investimento eccezionale in infrastrutture, materiale rotabile o veicoli lo giustifica e se il contratto di servizio pubblico è aggiudicato mediante una procedura di gara equa, un contratto di servizio pubblico può essere concluso per una durata superiore*». La «*durata superiore*» è tale perché eccede il 50% di quella «*determinata*» ai sensi del par. 3. «*Per garantire la trasparenza ... l’autorità competente trasmette alla Commissione, entro un anno dalla stipula ... il contratto di servizio pubblico e gli elementi che ne giustificano la durata superiore*». In

¹⁵³ Pare avvedersene la Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento n. 1370/2007, in chiusura del par. 2.2.7.

¹⁵⁴ Nel considerando n. 15 si legge che il «*rinnovo*» dei contratti «*potrebbe essere soggetto a un riscontro positivo da parte degli utenti*». L’inciso rimane privo di seguito nell’articolato, ove non si fa più menzione di «*rinnovo*» dei contratti né di previo «*riscontro positivo*» degli utenti. «*Rinnovo*» è allora vocabolo improprio da intendersi come «*proroga*»: le autorità competenti possono subordinarla, laddove consentita (e cioè per i contratti aggiudicati direttamente), «*a un riscontro positivo da parte degli utenti*». Anche perché il rinnovo in senso proprio costituirebbe una nuova concessione: ove mai di questo si trattasse, ne diverrebbe imprescindibile la prefigurazione nell’iniziale bando, pur sempre nel rispetto della durata massima complessiva di cui all’art. 4, par. 3 e 4.

¹⁵⁵ Altamente improprie si rivelano le espressioni al riguardo adoperate nel considerando n. 15.

questa disposizione, dichiaratamente applicabile solo se il contratto «è aggiudicato mediante una procedura di gara», non si parla, correttamente, di «proroga», ma di contratto che «può essere concluso per una durata superiore» (infrangendo la soglia incrementale del 50%)¹⁵⁶. Nel medesimo solco, l'obbligo di trasmissione alla Commissione del contratto e degli «elementi che ne giustificano la durata superiore» lascia chiaramente intendere che quella durata superiore, lungi dallo scaturire da una «proroga» sopraggiunta nel corso dell'esecuzione del contratto, è invece predefinita, unitamente «all'investimento eccezionale» che la giustifica, nel bando di gara¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

15. REGIME TRANSITORIO

È ormai alle spalle il decennale periodo transitorio che il regolamento comunitario n. 1370/2007 mise – per i soli contratti da aggiudicare secondo lo stesso¹⁵⁹ – tra la sua entrata in vigore (3 dicembre 2009)¹⁶⁰ e l'applicazione del suo art. 5¹⁶¹. Quest'ultimo¹⁶² «si applica», «a decorrere dal 3 dicembre 2019», «all'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico inerenti ai servizi di trasporto di passeggeri su strada e con altri modi di trasporto su rotaia diversi dalla ferrovia quali metropolitana o tram» (art.

¹⁵⁶ Anche su questo punto appare incorreggibile, invece, il considerando n. 15.

¹⁵⁷ Rispetto ai contratti aggiudicati con gara il comma 3 del par. 4, quando ne sussistono i presupposti, assorbe in sé il precedente comma 1, mentre il problema del rapporto tra i due neppure si pone per i contratti aggiudicati direttamente, cui il comma 3 non si applica.

¹⁵⁸ Non v'è ragione di ritenere *a priori* il par. 4 dell'art. 4 in «aperta contraddizione» con il considerando n. 15 (A. CABIANCA, *Il trasporto*, 57): essenziale è che la durata del singolo contratto di servizio non ecceda quanto necessario per il recupero e un'equa remunerazione degli investimenti.

¹⁵⁹ Il periodo transitorio non era infatti applicabile ai contratti da aggiudicare secondo le direttive appalti (art. 8, par. 1, del regolamento).

¹⁶⁰ Art. 12 del regolamento.

¹⁶¹ «Fino al 2 dicembre 2019 gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto» (art. 8, par. 2, comma 3, del regolamento).

¹⁶² È l'intero art. 5, «l'insieme» delle sue «disposizioni», ad essere applicabile a partire dal 3 dicembre 2019: C. giust. UE, 20 giugno 2019, C-475/18 non ha fornito la richiesta interpretazione del par. 4 dell'art. 5 perché «non applicabile a una decisione di un'autorità locale competente relativa a un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto locale adottata prima del 3 dicembre 2019» (punti 41-42).

8, par. 2, comma 1, i), del regolamento) ¹⁶³.

È «*fatto salvo*» ¹⁶⁴ l'ultimo ostinato spicchio di salvaguardia di contratti in essere al 3 dicembre 2019, ritagliato dal par. 3 dell'art. 8 del regolamento ¹⁶⁵. I contratti «*aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale*» ¹⁶⁶ «*prima del 26 luglio 2000*» ¹⁶⁷ in base a un'equa procedura di gara «*possono restare in vigore fino alla loro scadenza*», quale che sia. Assai consistente è l'affidamento sulla stabilità di contratti risalenti ad epoca anteriore alla presentazione della proposta della Commissione che poi divenne il regolamento n. 1370/2007, per di più aggiudicati sulla scorta di un'equa procedura di gara coerente con il diritto comunitario e nazionale del tempo. I contratti «*aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale*» «*prima del 26 luglio 2000, in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara*», nonché tra il 26 luglio 2000 e il 2 dicembre 2009 «*in base a un'equa procedura di gara*» «*possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni*», computati a partire da 3 dicembre 2009, quindi non oltre il 3 dicembre 2039 ¹⁶⁸. I primi risalgono ad

¹⁶³ Appartiene al passato, perché applicabile «*nella seconda metà del periodo transitorio di cui al paragrafo 2*» (3 dicembre 2014-2 dicembre 2019), il par. 4 dell'art. 8, la cui giustificazione si trova nel considerando n. 32.

¹⁶⁴ Cfr. l'*incipit* del par. 2 dell'art. 8 cit., che fa «*salvo il paragrafo 3*».

¹⁶⁵ Sempre per i soli contratti non aggiudicati secondo le direttive appalti (art. 8, par. 1, cit.).

Quelli aggiudicati secondo le direttive appalti dopo il 3 dicembre 2009 soggiacciono alle durate massime di cui all'art. 4, par. 3 e 4, mentre proseguono fino alla loro scadenza naturale, quale che sia, quelli aggiudicati prima del 3 dicembre 2009.

Per l'applicazione delle durate massime di cui all'art. 4 ai contratti aggiudicati nel periodo transitorio si veda C. giust. UE, 21 marzo 2019, C-350/17 e C-351/17, punti da 48 a 51.

¹⁶⁶ La conformità delle aggiudicazioni «*al diritto comunitario e nazionale*» va appurata in base al principio *tempus regit actum*. Non osta all'accertamento amministrativo l'assenza di un potere *ad hoc* né a quello giudiziale il divieto per il giudice amministrativo di «*conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento*» (art. 34, comma 2, secondo periodo, c.p.a.) perché si tratta, in entrambe le sedi, di dichiarare un effetto *ex lege*: la cessazione o meno dell'efficacia del contratto al 3 dicembre 2019.

¹⁶⁷ Data in cui la Commissione presentò al Parlamento e al Consiglio la proposta che divenne poi il regolamento n. 1370/2007.

¹⁶⁸ C. giust. UE, 19 marzo 2020, C-45/19 ha identificato il *dies a quo* dei 30 anni nel 3 dicembre 2009, «*giorno in cui è entrato in vigore*» il regolamento n. 1370/2007: la soluzione stabilisce «*un termine di scadenza identico per tutti i contratti*» in parola, «*collocando su un piano di parità le autorità competenti e gli operatori economici interessati*» (punto 26). Tre sono le ragioni che impediscono di individuare la decorrenza nella (anteriore) data di aggiudicazione: a) il rifiuto, in nome del «*principio di certezza del diritto*»,

epoca anteriore alla proposta di regolamento (massimamente meritevoli di tutela sotto questo profilo) ma furono aggiudicati direttamente (meno commendevoli sotto quest'altro profilo); i secondi rimontano al periodo intermedio tra la proposta e l'entrata in vigore del regolamento (comparativamente meno degni di tutela per quest'aspetto) ma furono aggiudicati con equa procedura di gara (guadagnandosi comparativamente maggior considerazione sotto quest'altro aspetto): ecco allora che gli uni e gli altri conservano efficacia fino alla loro scadenza, anche se successiva al 3 dicembre 2019, *«ma per non più di 30 anni»* decorrenti dal 3 dicembre 2009 e dunque non oltre il 3 dicembre 2039. Quest'ultimo limite si spiega, per i primi, perché furono aggiudicati in via diretta ancorché prima del 26 luglio 2000 e, per i secondi, perché, per quanto aggiudicati con gara, vennero ad esistenza allorché era già nota la proposta di regolamento. L'eventuale scadenza oltre il 3 dicembre 2039 risulterebbe nulla e sostituita dall'inserimento automatico nel contratto della norma imperativa sulla durata fino al 3 dicembre 2039. Cessano di diritto il 3 dicembre 2019 i contratti privi di durata limitata (*«scadenza»*). Infine, i contratti *«aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale»* tra il 26 luglio 2000 e il 23 dicembre 2017¹⁶⁹ *«in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara»* *«possono restare in vigore fino alla loro scadenza, purché abbiano durata limitata comparabile a quelle di cui all'articolo 4»*. Diversamente dai contratti aggiudicati con gara che, se rimontanti al periodo tra il 26 luglio 2000 e il 2 dicembre 2009, conservano efficacia fino alla scadenza ma non oltre il 3 dicembre 2039 (lett. c) del par. 3 dell'art. 8 cit.), quelli aggiudicati senza gara tra il 26 luglio 2000 e il 2 dicembre 2009 sono parificati, sotto le durate massime di cui all'art. 4, a quelli venuti alla luce tra il 3 dicembre 2009 e il 23 dicembre 2017 (lett. d) del par. 3 dell'art. 8 cit.). Se i contratti stipulati prima del 3 dicembre

dell'assegnazione retroattiva a tali contratti della durata massima di 30 anni (punti 20-21); b) il profilarsi di situazioni *«in cui il periodo transitorio sarebbe minimo o molto ridotto»*, con tradimento dell'obiettivo, enunciato nel considerando n. 31, di *«concedere alle autorità competenti e agli operatori di servizio pubblico»* un lasso temporale congruo *«per adeguarsi alle disposizioni del regolamento»* (punto 22); c) la possibilità, lungo il periodo transitorio (ma non oltre il 23 dicembre 2017, in base alla modifica apportata al regolamento n. 1370/2007 nel 2016), di aggiudicazioni dirette di contratti con durata massima di cui all'art. 4, par. 3 e 4, cosa che *«dimostrerebbe una incoerenza del regime transitorio»* (punto 23). Né i 30 anni si computano dalla scadenza del periodo transitorio (3 dicembre 2019) perché *«i periodi transitori previsti ai paragrafi 2 e 3 dell'articolo 8 del regolamento n. 1370/2007 si applicano indipendentemente gli uni dagli altri»* (punto 24).

¹⁶⁹ *«A decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 24 dicembre 2017»*, data di entrata in vigore del regolamento UE 2016/2338, di modifica del n. 1370/2007.

2009 non avessero «*durata limitata*» cesserebbero *ipso iure* a decorrere dal 3 dicembre 2019; se la loro durata eccedesse «*quelle di cui all'articolo 4*», la relativa clausola contrattuale sarebbe nulla e sostituita di diritto dalla norma imperativa. Le durate «*di cui all'articolo 4*» comprendono le «*proroghe*» ivi previste (art. 4, par. 4, commi 1 e 2), ricorrendone i rispettivi presupposti, sia perché solo computandole un contratto stipulato nei primi anni Duemila riuscirebbe a protrarre i suoi effetti oltre il 3 dicembre 2019, così dando senso alla norma transitoria, sia argomentando (*a fortiori*) dal comma 2-*bis* dell'art. 8¹⁷⁰. La regola per cui le durate massime di cui all'art. 4 si applicano ai contratti aggiudicati nel periodo transitorio¹⁷¹ subisce la deroga enucleabile dalla lett. *d*) del par. 3 dell'art. 8 cit. rispetto ai contratti aggiudicati in via diretta tra il 24 dicembre 2007 e il 2 dicembre 2019 che, anche argomentando *a contrario* dal par. 2-*bis* dello stesso art. 8¹⁷², cessano di produrre effetti il 3 dicembre 2019 perché venuti ad esistenza troppo a ridosso di quella data. La mancata menzione, nel par. 3 dell'art. 8 cit., dei contratti aggiudicati con equa procedura di gara, conforme al diritto comunitario e nazionale del tempo, tra il 3 dicembre 2009 e il 2 dicembre 2019, si spiega con la loro soggezione alle durate massime di cui all'art. 4¹⁷³. Infine, stabilisce l'ultimo comma del par. 3 dell'art. 8 che «*i contratti di servizio pubblico possono restare in vigore fino alla loro scadenza qualora la loro risoluzione comporti indebite conseguenze giuridiche o economiche e a condizione che la Commissione abbia dato il suo assenso*». Vale la pena di ribadire che il regime transitorio di cui all'art. 8, compresa la salvaguardia di certi contratti in essere al 3 dicembre 2019, non si applica ai contratti aggiudicati secondo le direttive appalti¹⁷⁴: così, quelli aggiudicati prima del 3 dicembre 2009, non importa se conformemente al diritto comunitario e nazionale del tempo,

¹⁷⁰ Che, nel salvaguardare – fino alla loro scadenza ma con una durata non eccedente i dieci anni («*in deroga all'articolo 4, paragrafo 3*») – i contratti inerenti al trasporto ferroviario aggiudicati in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara tra il 24 dicembre 2017 e il 2 dicembre 2019, fa salvi «*i casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4*».

¹⁷¹ C. giust. UE, 21 marzo 2019, C-350/17 e C-351/17, punti da 48 a 51.

¹⁷² Che salvaguarda, fino alla loro scadenza ma con durata non superiore a dieci anni, i contratti aggiudicati direttamente tra il 24 dicembre 2017 e il 2 dicembre 2019 solo se inerenti al trasporto ferroviario.

¹⁷³ C. giust. UE, 21 marzo 2019, C-350/17 e C-351/17, punti da 48 a 51.

¹⁷⁴ Art. 8, par. 1, ultimo periodo: «*Se i contratti devono essere aggiudicati*» a norma delle direttive appalti «*le disposizioni dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo non si applicano*».

vanno sino alla scadenza naturale, quale che sia, mentre la durata di quelli aggiudicati a decorrere dal 3 dicembre 2009 è già rispettosa dell'art. 4 del regolamento n. 1370/2007.

16. MODALITÀ DI GESTIONE DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE NEL D.LGS. N. 201/2022

L'art. 32 del d.lgs. n. 201/2022 reca «*Disposizioni di coordinamento in materia di trasporto pubblico locale*»¹⁷⁵. Il suo comma 1, mentre sancisce la «*diretta applicazione*» delle «*disposizioni di cui al titolo III*» – tra le quali, per quel che qui rileva, gli artt. da 14 a 17 sulle forme di gestione – fa «*salvo quanto previsto dai commi 2 e 3*» dello stesso art. 32. Il comma 2 stabilisce che «*ai fini della scelta delle modalità di gestione*» «*si tiene conto anche di quelle indicate dalla normativa europea di settore, nei casi e nei limiti dalla stessa previsti*». Nel richiamare tutte le opzioni contemplate dal regolamento n. 1370/2007, la disposizione non vieta – e quindi rende praticabili – l'*in house* in senso stretto e l'aggiudicazione diretta di contratti *de minimis* (paragrafi 2 e 4 dell'art. 5 del regolamento n. 1370/2007)¹⁷⁶. Ciò «*nei casi e nei limiti*» previsti dal regolamento, che significa anzitutto: per le aggiudicazioni che ricadono nel suo perimetro, non anche per quelle disciplinate dalla normativa sugli appalti pubblici¹⁷⁷. Dunque, per quel che è da aggiudicare a norma del regolamento le forme di gestione previste dagli artt. 14-17 sono integrate dall'*in house* in senso stretto e dall'aggiudicazione diretta dei contratti *de minimis* (art. 32, comma 2). L'ammissibilità dell'*in house* in senso stretto costituisce una deroga all'art. 14, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 201/2022, che circoscrive la «*gestione in economia o mediante azienda speciale*»¹⁷⁸ ai «*servizi diversi da quelli a rete*». Nel disporre ciò, l'art. 32, comma 2, cit. precisa a sua volta che resta «*ferma*» «*l'applicabilità dell'articolo 14, commi 2 e 3, e dell'articolo 17*». I commi 2 e 3 dell'art. 14 impongono

¹⁷⁵ Il d.lgs. n. 201/2022, in vigore dal 31 dicembre 2022 (cfr. il suo art. 39), non si applica «*agli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane*» (art. 36).

¹⁷⁶ Per l'*in house* in senso stretto si rinvia ai parr. 4 e 11, per le aggiudicazioni di contratti *de minimis* al par. 12.

¹⁷⁷ Cfr. per l'identificazione delle une e delle altre il precedente par. 2.

¹⁷⁸ Il suo regime giuridico (art. 114 del d.lgs. n. 267/2000) sospinge l'azienda speciale nel paradigma definito nel precedente par. 11 «*in house in senso stretto a dispetto della terzietà formale del prestatore di servizi*».

all'autorità competente di dar conto «*in un'apposita relazione*», all'esito di un'istruttoria preliminare all'«*avvio della procedura di affidamento del servizio*», delle ragioni «*della scelta della modalità di gestione del servizio*»¹⁷⁹. Le cose sarebbero state così anche in assenza della precisazione normativa, comunque opportuna nel prevenire ogni discussione sul punto. Ben più significativo è il rinvio all'art. 17, che comporta, per «*gli affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici*», la «*qualificata motivazione*»¹⁸⁰ in ordine alle «*ragioni del mancato ricorso al mercato*» (art. 17, comma 2)¹⁸¹ e, per i contratti *de minimis* di importo parimenti superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, il divieto di stipula nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione della deliberazione di affidamento sul sito dell'ANAC ai sensi dell'art. 31, comma 2¹⁸² (art. 17, comma 3, che infatti chiarisce, nel secondo periodo, l'applicabilità dello *standstill* «*a tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, compresi gli affidamenti*» nel settore del trasporto pubblico locale)¹⁸³. I servizi da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007 sono pertanto suscettibili di gestione in economia o mediante azienda speciale (art. 114 del d.lgs. n. 267/2000)¹⁸⁴: deve trattarsi di azienda speciale dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale o di azienda speciale consortile di tutti gli enti locali aggregati (art. 31 del d.lgs. n. 267/2000), e non di uno di essi, né della sinergia tra aziende di alcuni di essi, poiché, come si vedrà a breve, l'art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022 ha negato la sufficienza, ai fini dell'aggiudicazione diretta, di un controllo analogo

¹⁷⁹ Cfr. l'art. 31 per gli obblighi di «*trasparenza*» riguardanti una serie di atti, tra i quali la «*relazione*» di cui all'art. 14, comma 3.

¹⁸⁰ Della «*deliberazione*» non «*di affidamento del servizio*» (*in house* in senso lato), bensì di sua gestione in economia o a mezzo di azienda speciale (*in house* in senso stretto).

¹⁸¹ Cfr. di nuovo l'art. 31 per gli obblighi di «*trasparenza*» della «*deliberazione di cui all'articolo 17, comma 2*».

¹⁸² È razionale, per quel che ora rileva, la commisurazione dello *standstill* (art. 17, comma 3) all'ordinario termine per ricorrere pari a sessanta giorni (art. 29 c.p.a.) perché si tratta di contratti aggiudicati ai sensi dell'art. 5, par. 4, del regolamento n. 1370/2007, non all'esito di «*procedure di affidamento ... disciplinate dal codice dei contratti pubblici*», rispetto alle quali il termine per il ricorso è invece ridotto a trenta giorni (art. 120, commi 1, 2 e 3, c.p.a.).

¹⁸³ Il rinvio che l'art. 32, comma 2, cit. fa all'art. 17 non include i suoi commi 4 e 5, riferiti unicamente all'*in house* in senso lato.

¹⁸⁴ Per le aziende-organo alla maniera delle vecchie municipalizzate manca oggi la base normativa indispensabile per l'istituzione di un organo.

sull'operatore interno da parte di alcuni o di uno degli enti raggruppati. Quanto ai servizi da aggiudicare secondo la normativa sugli appalti pubblici, gestione in economia e azienda speciale rimangono invece inattuabili alla luce dell'art. 14, comma 1, lett. *d*), qui non scalzato dal richiamo alla «*normativa europea di settore*» (al contrario di quanto accade, stante l'art. 32, comma 2, per i servizi da aggiudicare ai sensi del regolamento comunitario n. 1370/2007).

Vengo ora all'*in house* in senso lato. Nel rimandare, anche per i contratti da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007, ai «*limiti*» e alle «*modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016*», l'art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022, cui rinvia l'art. 32, comma 1:

a) marginalizza le partecipazioni private minoritarie al capitale dell'operatore interno a mo' di eccezioni prescritte da singole leggi nazionali conformi ai Trattati¹⁸⁵;

b) esige che tutti gli enti locali aggregati per fornire servizi integrati in un bacino sovracomunale concorrano al controllo analogo congiunto dell'operatore interno¹⁸⁶;

c) impone che oltre l'80% delle attività dell'operatore interno siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dalle amministrazioni controllanti¹⁸⁷ e che la marginale attività sul mercato sia finalizzata al conseguimento di economie di scala e altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale¹⁸⁸;

¹⁸⁵ Art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016: «... *solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*».

¹⁸⁶ Art. 16, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016: «*amministrazioni che esercitano ... il controllo analogo congiunto*».

¹⁸⁷ Art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 175/2016: «*oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci*». Nel non menzionare «*altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici*», diversamente dall'art. 28, par. 3, lett. *b*) della Direttiva 2014/25/UE, e nell'esigere che i controllanti siano «*soci*», diversamente dalla giurisprudenza europea (cfr. il precedente par. 11), la disciplina nazionale è più restrittiva di quella unionale: non che ciò le sia precluso, ma mi chiedo se avvenga con la necessaria consapevolezza, dopo che il d.lgs. n. 36/2023 ha omesso di riprodurre il testo delle norme europee sull'*in house* negli appalti e nelle concessioni, probabilmente ritenendole, a ragione, *self executing* (senza che tale connotato impedisca però al legislatore di irrigidire le condizioni dell'autoproduzione).

¹⁸⁸ Art. 16, comma 3-bis del d.lgs. n. 175/2016.

d) si accontenta di un'influenza determinante su obiettivi strategici e decisioni significative dell'operatore interno, suscettibile di manifestarsi pure in via indiretta (es. tramite una società *holding*)¹⁸⁹.

Per quel che riguarda le partecipazioni private, nel precedente par. 6 si è chiarito che il modello speciale di *in house* di cui al regolamento n. 1370/2007 ammette investimenti privati nel capitale dell'operatore interno, non interferenti con il «*controllo analogo*», anche quando non prescritti ma semplicemente permessi dalle leggi nazionali, mentre il modello generale di regola non li tollera, salvo che siano, in via eccezionale, resi obbligatori da singole leggi statali conformi ai Trattati. Nulla vietava al legislatore italiano la riduzione a unità dei due modelli attraverso l'eliminazione del tratto di specialità del primo e la sua riconduzione nell'alveo del secondo: il combinato disposto degli artt. 32, comma 1, e 17, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022 lo ha fatto. Sotto questo profilo è pertanto indifferente che l'aggiudicazione del contratto sia retta dal regolamento n. 1370/2007 o dalla normativa sugli appalti pubblici.

Per quel che concerne il controllo nel caso di gruppo di autorità locali responsabili di servizi integrati in un'area sovracomunale, nel precedente par. 7 si è puntualizzato che nel modello speciale di *in house* basta il controllo congiunto sull'operatore interno da parte di alcuni degli enti aggregati e finanche il controllo individuale di uno solo, diversamente dal modello generale che lo esige invece esercitato collettivamente da tutti gli enti locali raggruppati. Nulla inibiva al legislatore italiano di espellere dal primo l'elemento specializzante, conformandolo al secondo: ciò ha fatto il combinato disposto degli artt. 32, comma 1, e 17, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022. Ne consegue che pure per questo aspetto è indifferente che l'aggiudicazione del contratto ricada nell'ambito applicativo del regolamento n. 1370/2007 o della normativa sugli appalti pubblici.

Per quel che attiene al requisito funzionale, nulla impediva al combinato disposto degli artt. 32, comma 1, e 17, comma 1 del d.lgs. n. 201/2022 di fare quel che ha fatto, e cioè di disconoscere all'operatore interno quel grado di vocazione commerciale che gli appartiene nel regolamento n. 1370/2007 per imprimergli una dedizione pressoché esclusiva alle amministrazioni controllanti, così de-specializzando anche per questo tratto

¹⁸⁹ Art. 2, lett. c) del d.lgs. n. 175/2016, che definisce il «*controllo analogo*» come «*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata*», precisando che «*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione*».

quell'*in house*¹⁹⁰, fermi restando: *i*) l'onere dell'operatore interno di non competere per servizi di trasporto *extra moenia*¹⁹¹, la cui inosservanza determina, di per sé, l'obbligo di rimozione dell'aggiudicazione diretta; *ii*) il propagarsi di detto onere, a mo' di contagio, a qualsiasi altro soggetto su cui l'operatore interno esercita un'influenza anche minima. Si tratta – per ineludibile volere dell'art. 5, par. 2, comma 3, lett. *b*), del regolamento n. 1370/2007, limitatamente all'affidamento di contratti inclusi nel suo perimetro – dei due profili per i quali il requisito funzionale dell'*in house* speciale riceve una disciplina più severa di quella del suo omologo nel modello generale, valevole invece per i contratti regolati dalla normativa sugli appalti pubblici. Sono aspetti evidentemente indisponibili al legislatore nazionale, cui è precluso perfino di ribadirli, sicché il silenzio serbato sul punto dal d.lgs. n. 201/2022 non va equivocato come improvvida volontà di contraddire o anche solo trascurare precetti dettati da un regolamento europeo¹⁹². La sommatoria della dedizione essenziale alle amministrazioni controllanti, mutuata dal modello generale di *in house*, e dei connotati di specialità inderogabilmente prescritti dal regolamento n. 1370/2007 riduce fin quasi a zero la libertà d'azione dell'operatore interno al di fuori della missione (istituzionale) affidatagli tra le mura amiche (*id est*, irrigidisce fin quasi al massimo il requisito funzionale)¹⁹³.

Laddove, invece, si appaga di un'influenza determinante limitata a

¹⁹⁰ Cfr. più ampiamente il precedente par. 8.

¹⁹¹ Nemmeno come impresa avvalsa che presta i requisiti ad altra impresa avvalente o come aspirante subappaltatore/subconcessionario.

¹⁹² Non tragga in inganno il rinvio all'art. 17 nella sua interezza da parte dell'art. 32, comma 2, la cui ragion d'essere, come già chiarito, non ha nulla da spartire con l'*in house* in senso lato, risiedendo piuttosto nell'integrazione delle forme di gestione (dei servizi da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007) con l'*in house* in senso stretto e l'aggiudicazione diretta dei contratti *de minimis*, il che conduce peraltro a calibrare in via interpretativa il rinvio sui soli commi 2 e 3 dell'art. 17.

È semmai il comma 1 dell'art. 32 a rimandare al titolo III, nel quale trova posto l'art. 17, il cui comma 1 va evidentemente inteso nel senso di lasciare intatto l'art. 5, par. 2, comma 3, lett. *b*), del regolamento n. 1370/2007 nella parte in cui appone all'*in house* speciale condizioni più severe rispetto al modello generale.

¹⁹³ Il divieto di gareggiare *extra moenia*, stabilito per i soli contratti aggiudicati secondo il regolamento n. 1370/2007 dall'art. 18, comma 2, lett. *a*), terzo periodo del d.lgs. n. 422/

1997, come modificato dall'art. 1, comma 556 della l. n. 147/2013, va disapplicato sia perché si tratta tecnicamente di un divieto («*non possono partecipare*») a pena dell'illegittimità dell'ammissione alla gara, anziché di un onere da osservare per la validità originaria e la permanenza nel tempo dell'aggiudicazione diretta, sia perché è subordinato alla circostanza, che dovrebbe invece risultare neutra, della difformità dell'affidamento diretto dal regolamento n. 1370/2007.

obiettivi strategici e decisioni significative dell'operatore interno, passibile per ciò di realizzarsi anche in via indiretta (es. mediante una società *holding*), l'art. 17, comma 1 contrasta con l'art. 5, par. 2, comma 3, lett. a), del regolamento n. 1370/2007, ove è prescritto un controllo che, investendo capillarmente le «*singole decisioni di gestione*», non soltanto quelle «*strategiche*», ripugna a modalità indirette¹⁹⁴. La riduzione ad unità dei due modelli di *in house* sarebbe potuta avvenire solamente in senso inverso, e cioè omologando quello generale a quello speciale. Non resta che la disapplicazione, *in parte qua*, del combinato disposto degli artt. 32, comma 1, e 17, comma 1, d.lgs. n. 201/2022, allorché l'aggiudicazione è retta dal regolamento n. 1370/2007; nessun problema, invece, per le aggiudicazioni disciplinate dalla normativa sugli appalti pubblici.

Che il contratto ricada nell'ambito applicativo del regolamento n. 1370/2007 o della normativa sugli appalti pubblici, la sua aggiudicazione *in house* avviene nel rispetto, tra le altre, delle seguenti norme¹⁹⁵:

a) commi 2 e 3 dell'art. 14, che impongono all'autorità competente di dar conto «*in un'apposita relazione*», «*prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio*», delle ragioni, scaturenti da un'istruttoria preliminare, «*della scelta della modalità di gestione*»¹⁹⁶;

b) par. 2 dell'art. 7 del regolamento n. 1370/2007, che esige la pubblicazione nella GUUE, «*almeno un anno prima ... dell'aggiudicazione diretta del contratto*», di un avviso di pre-informazione¹⁹⁷;

c) comma 2 dell'art. 17, che, «*nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici*»¹⁹⁸, prescrive all'autorità competente di corredare la «*deliberazione di affidamento del servizio*» con una «*qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato*»¹⁹⁹;

¹⁹⁴ Cfr. il precedente par. 9.

¹⁹⁵ Qui di seguito indicate seguendo l'ordine cronologico degli adempimenti che prescrivono.

¹⁹⁶ Quale che sia: la norma non riguarda soltanto l'*in house*, ha portata generale. La si era già incontrata *supra* per il rinvio ad essa operato dall'art. 32, comma 2.

¹⁹⁷ L'ambito applicativo della norma trascende l'*in house* (in senso lato) per investire anche le aggiudicazioni con gara: cfr. il precedente par. 13.

¹⁹⁸ Per quelli di importo inferiore a detta soglia l'obbligo motivazionale è quello di cui all'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, cui rinvia l'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 201/2022.

¹⁹⁹ È tacitamente abrogato, per l'incompatibilità con i contenuti della motivazione a corredo dell'affidamento *in house* (art. 17, comma 2, d.lgs. n. 201/2022 e art. 7, comma 2, d.lgs. n. 36/2023), l'art. 4-bis, primo periodo, del d.l. n. 78/2009 conv. in l. n. 102/2009, che obbligava le autorità competenti, all'atto dell'affidamento *in house*, ad «*aggiudicare*

d) comma 3 dell'art. 17, che vieta all'autorità competente di stipulare il contratto nei sessanta giorni²⁰⁰ successivi alla pubblicazione della deliberazione di affidamento *in house* sul sito dell'ANAC ai sensi dell'art. 31, comma 2²⁰¹;

e) par. 4 dell'art. 7 del regolamento n. 1370/2007, che chiama l'autorità competente richiastane «*da una parte interessata*» a trasmetterle «*la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta*»²⁰².

Nei casi e nei limiti di cui all'art. 5, par. 5, del regolamento n. 1370/2007 le autorità competenti, a fronte di «*interruzione del servizio o di pericolo imminente*», possono – e anzi devono – ricorrere ad aggiudicazioni dirette quali «*misure di emergenza*» di durata non superiore a due anni²⁰³. Il legislatore nazionale non è sul punto autorizzato a frapporre veti e non lo ha fatto. Argomentando dall'esenzione dall'obbligo di pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7, par. 2, del regolamento n. 1370/2007²⁰⁴, le «*misure di emergenza*» sono sottratte al dupli-

tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento» (disposizione già abrogata tacitamente dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008 come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 conv. in l. n. 166/2009, poi tornata in vigore con l'abrogazione di quest'ultimo nel referendum del giugno 2011).

²⁰⁰ Termine coordinato con quello per il ricorso avverso la delibera di aggiudicazione *in house* di contratti soggetti al regolamento n. 1370/2007, che esula dall'ambito applicativo dell'art. 120 c.p.a., costruito intorno agli «*atti delle procedure di affidamento ... disciplinate dal codice dei contratti pubblici*» (art. 120 cit., comma 1). La formulazione letterale dell'art. 17, comma 3 del d.lgs. n. 201/2022, *lex specialis* rispetto al menzionato art. 120, non lascia spazio per sceverare, in via interpretativa, tra aggiudicazioni *in house* di contratti retti dalla normativa sugli appalti pubblici, per le quali lo *standstill* avrebbe potuto essere commisurato a un termine per ricorrere pari a trenta giorni, sempre decorrenti dalla pubblicazione dell'atto di affidamento diretto (art. 120 cit., comma 3), e aggiudicazioni *in house* di contratti ai sensi del regolamento n. 1370/2007: la mancata distinzione è suscettibile di originare dubbi di ingiustificata disparità di trattamento all'interno dei contratti aggiudicati in base alla normativa sugli appalti pubblici, salvo che si valorizzi la riformulazione dell'art. 120 cit. ad opera del d.lgs. n. 36/2023 come *lex posterior* disconoscendosi nel contempo la preesistenza di una *lex specialis* capace di resisterle.

²⁰¹ Quale che sia l'importo del contratto, di cui non v'è traccia nel primo periodo del comma 3 dell'art. 17, mentre il secondo periodo, che invece lo menziona, si riferisce a «*tutte le ipotesi di affidamento senza procedura a evidenza pubblica*» diverse dall'*in house* (es. le aggiudicazioni dirette dei contratti *de minimis* di cui all'art. 5, par. 4, del regolamento n. 1370/2007, non vietate e quindi rese praticabili dall'art. 32, comma 2 del d.lgs. n. 201/2022).

²⁰² Disposizione praticamente assorbita dalle misure di «*trasparenza*» dettate dall'art. 31 del d.lgs. n. 201/2022.

²⁰³ Cfr. più ampiamente il precedente par. 12.

²⁰⁴ È l'ultimo comma del par. 2 dell'art. 7 a precisare che «*il presente paragrafo non si*

ce obbligo della preliminare relazione di cui all'art. 14, commi 2 e 3, e dello *standstill* di cui all'art. 17, comma 3, che pregiudicherebbero l'effetto utile dell'art. 5, par. 5, cit. Resta ovviamente salvo il generale obbligo motivazionale (art. 3 della legge n. 241/1990), viepiù rigoroso quando si imbocca il sentiero di un'eccezione di stretta interpretazione.

Per quel che riguarda l'appello alla concorrenza, l'art. 15 del d.lgs. n. 201/2022 dispone che esso avvenga «secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi». L'opzione dell'estensione della «disciplina in materia di contratti pubblici» ai servizi da aggiudicare secondo il regolamento n. 1370/2007 non era preclusa²⁰⁵, ferma restando la possibilità, garantita alla stazione appaltante dall'art. 5, par. 3, del regolamento, di introdurre elementi di dialogo competitivo «dopo la presentazione delle offerte e un'eventuale preselezione» per «determinare il modo migliore per soddisfare», nel rispetto della *par condicio competitorum*, l'interesse pubblico all'ottimale erogazione del servizio. Neppure era precluso il *favor* per le concessioni rispetto agli appalti, attesa la neutralità sia del regolamento n. 1370/2007 sia della direttiva 2014/25/UE circa il modo del ricorso al mercato in termini di trasferimento o meno di una quota del rischio operativo al gestore del servizio²⁰⁶.

L'esternalizzazione mediante procedura competitiva ben potrebbe manifestarsi nell'aggiudicazione diretta a una società a capitale misto pubblico-privato, con *partner* privato selezionato tramite gara avente ad oggetto, a un tempo, la temporanea qualità di socio e l'affidamento del servizio (art. 16 del d.lgs. n. 201/2022)²⁰⁷. Nulla osta a che il diritto na-

applica all'articolo 5, paragrafo 5». Nel considerando n. 29 le «misure di emergenza» sono qualificate come «eccezione» all'obbligo di pre-informazione.

²⁰⁵ Come chiarito nel par. 2.3.2 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007: «*Benché non sia un requisito obbligatorio, gli Stati membri possono applicare le regole procedurali più dettagliate della legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici*».

²⁰⁶ Cfr. la delibera dell'Autorità di regolazione dei trasporti 18 maggio 2023, n. 90/2023, che avvia «un procedimento di revisione», «in adeguamento alle disposizioni» del d.lgs. n. 201/2022, della precedente delibera n. 154/2019 recante, tra l'altro, «misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici».

²⁰⁷ Quanto all'affidamento del servizio, vale quanto previsto dall'art. 15 del d.lgs. n. 201/2022: avviene «secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile», «il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi».

zionale identifichi nel contratto di appalto o di concessione assegnato al *partner* privato l'«oggetto esclusivo dell'attività della società mista» (art. 17, comma 1 del d.lgs. n. 175/2016), senza porsi per ciò in contrasto con il regolamento n. 1370/2007, che neppure menziona questo modello organizzativo.

L'art. 19 del d.lgs. n. 201/2022, nel definire i criteri per commisurare la «durata dell'affidamento» facendo peraltro salve «le discipline di settore»²⁰⁸, non si pone in contrasto con l'art. 4, par. 3 e 4, del regolamento n. 1370/2007, che si limita a prescrivere che i contratti siano «conclusi per una durata determinata non superiore» a certe soglie massime²⁰⁹. Va invece disapplicato l'art. 18, comma 1 del d.lgs. n. 422/1997 laddove fissa una «durata non superiore a nove anni».

Infine, l'art. 20 del d.lgs. n. 210/2022, rubricato «Tutele sociali», dispone che «i bandi di gara, gli avvisi o la deliberazione di cui all'articolo 17, comma 2, assicurano, nel rispetto del principio di proporzionalità, la tutela occupazionale del personale impiegato nella precedente gestione, anche mediante l'impiego di apposite clausole sociali, secondo la disciplina in materia di contratti pubblici». L'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi», prevede che «per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera²¹⁰, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti collettivi di settore»²¹¹. Dunque, secondo la disciplina generale dei servizi pubblici lo-

²⁰⁸ Pure regionali. Anche a ricondurre la durata dei contratti di servizio nelle materie della tutela della concorrenza o dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ne deriverebbe l'incostituzionalità di eventuali norme regionali, giacché la loro non vigenza.

²⁰⁹ Cfr. più ampiamente il precedente paragrafo 14.

²¹⁰ «I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto» (secondo periodo dell'art. 50 cit.).

²¹¹ Cfr. ora l'art. 57, comma 1 del d.lgs. n. 36/2023, le cui novità, invero non tutte cristalline, qui non rilevano: è confermato l'obbligo di inserire nella *lex specialis* di gara «specifiche clausole sociali» volte a «garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato» e l'applicazione dei contratti collettivi, ferma restando la discrezionalità nel concepirne il contenuto e, parrebbe ora, nel perimetrare a monte lo stesso ambito applicativo dell'obbligo («tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio»).

cali, che si rifà a quella dei contratti pubblici, la stazione appaltante ha l'obbligo di inserire nei bandi clausole sociali²¹², ferma restando la discrezionalità nel costruirne il contenuto, come è reso palese dal richiamo al principio di «proporzionalità»²¹³. Stabilisce l'art. 32, comma 3 del d.lgs. n. 201/2022 che «*ai fini della tutela occupazionale dei lavoratori di cui all'art. 20*», e cioè «*del personale impiegato nella precedente gestione*», «*si tiene conto anche della vigente disciplina di settore*», contenuta nell'art. 18, comma 2, lett. e) del d.lgs. n. 422/1997, che demanda a regioni ed enti locali «*l'indicazione delle modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante ... del personale dipendente con riferimento a quanto disposto dall'art. 26 del regio decreto 8 gennaio 1931, n. 148*». Quest'ultimo garantisce il «*passaggio del personale di ruolo alla nuova*» gestione e, «*per quanto è possibile*», «*un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto*» e i «*diritti acquisiti*»²¹⁴. Ecco perché l'art. 32, comma 1, nel sancire l'applicazione al trasporto pubblico locale del titolo III, nel quale è collocato l'art. 20, fa «*salvo quanto previsto*» dal comma 3 dello stesso art. 32: perché quest'ultimo, rinviando alla «*disciplina di settore*», si spinge sino a garantire «*la tutela occupazionale del personale impiegato nella precedente gestione*», sottraendola alle valutazioni discrezionali che altrimenti pervaderebbero la redazione della clausola sociale da inserire nel bando di gara²¹⁵.

L'ultima notazione riguarda la transizione dal vecchio al nuovo regime:

²¹² I verbi «*assicurano*» e «*inseriscono*» sono coniugati al modo indicativo, tempo presente.

²¹³ Un'automatica e integrale tutela occupazionale del personale impiegato nella precedente gestione è infatti fattore nocivo all'ottimale dispiegarsi della concorrenza in gara.

²¹⁴ Rimane invece sullo sfondo l'art. 4, par. 5, del regolamento n. 1370/2007, che, facendo «*salva la legislazione nazionale*», non addossa alle autorità competenti alcun obbligo, limitandosi ad attribuire loro la facoltà di «*imporre all'operatore prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23/CE*» e cioè un trasferimento d'azienda. In tal senso anche il par. 2.2.8 della Comunicazione della Commissione del 2014 sugli orientamenti interpretativi sul regolamento n. 1370/2007, in nome del «*principio di sussidiarietà*», peraltro menzionato nel considerando n. 16.

²¹⁵ La disciplina di settore sul punto potrebbe essere dettata da leggi regionali, vigenti fino a quando non dichiarate se del caso incostituzionali per violazione delle prerogative statali in materia di tutela della concorrenza o di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali o di ordinamento civile: leggi regionali che, ad esempio, potrebbero garantire al personale, nel transito tra il gestore uscente e quello subentrante, la certezza assoluta in punto di diritti acquisiti e trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto, superando l'inciso «*ove possibile*» che compare nell'art. 26 del r.d. n. 148/1931.

il d.lgs. n. 201/2022, in vigore dal 31 dicembre 2022, non reca disposizioni transitorie. Non va però dimenticata la salvaguardia garantita, in tutto o in parte, dall'art. 8, par. 3 del regolamento n. 1370/2007 a certi contratti in corso al 3 dicembre 2019²¹⁶.

BIBLIOGRAFIA

- AICARDI N., *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 3-4, 533 ss.
- CABIANCA A., *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *Giustamm*, 2010, 4, 1 ss.
- CAIA G., *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *Federalismi*, 2018, 20, 1 ss.
- CLARONI A. (a cura di), *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, 2011.
- DI GIACOMO RUSSO B., *Tar Sardegna: l'affidamento in "house" alla luce del Regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di Giustizia CE*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 7-8, 2254 ss.
- DONATO A., *Affidamenti in house e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del Cineca*, in *Foro amm.*, 2016, 503 ss.
- GALETTA D.U.-CARULLO G., *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 371 ss.
- GIUSTI A., *L'affidamento diretto del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 11, 2465 ss.
- MATTIOLI G., *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola"? Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in *Federalismi*, 2020, 24, 113 ss.
- NUNZIATA M., *Gli affidamenti al Cineca tra concorrenza e in house providing: ulteriori sviluppi pro concorrenziali dello scenario universitario*, in *Foro amm.*, 2015, 2133 ss.

²¹⁶ Cfr. più ampiamente il precedente par. 15. Penso in particolare ai contratti aggiudicati direttamente ex art. 61, primo periodo della l. n. 99/2009 e art. 4-bis, primo periodo del d.l. n. 78/2009 (disposizioni già abrogate tacitamente dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008 come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 conv. in l. n. 166/2009, ma tornate in vigore con l'abrogazione di quest'ultimo nel referendum del giugno 2011 e ora di nuovo abrogate per incompatibilità con l'art. 32 del d.lgs. n. 201/2022).

- NUNZIATA M., *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 1, 183 ss.
- PERFETTI L.R., *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 2015, 129 ss.
- PORTALURI P.L., *Ricorso al mercato e affidamento in house nel diritto universitario, in Università e anticorruzione*, a cura di A. Marra e M. Ramajoli, Torino, 2022, 217 ss.
- SAMBRI S.M., *“L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007”*, in *Giustamm*, 2013, 9, 1 ss.
- SANDULLI M.A., *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *Federalismi*, 2010, 13, 1 ss.
- TROPEA M.F., *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 2, 415 ss.
- VILLATA R.-VALAGUZZA S., *Pubblici servizi*, Torino, 2022.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*. in *Diritto amministrativo*. a cura di L. MAZZAROLI. G.

Finito di stampare nel mese di luglio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

