

## CAPITOLO II

# I SERVIZI PUBBLICI

**SOMMARIO:** 1. Definizione di servizio pubblico. – 1.1. La teoria del servizio pubblico in senso soggettivo. – 1.2. Segue: le teorie del servizio pubblico in senso oggettivo e misto. – 2. La normativa europea. – 3. La riforma del processo amministrativo. – 4. La riforma degli enti locali e del Titolo V della Costituzione. – 4.1. Servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica. – 4.2. Lo statuto dei servizi di rilievo economico. – 4.3. Affidamenti *in house*. – 5. La positivizzazione dell'*in house*. – 5.1. Il controllo analogo. – 5.2. La dedizione prevalente. – 5.3. La partecipazione pubblica totalitaria. – 5.4. *l'in house* è una regola o un'eccezione? – 6. La cooperazione tra pubbliche amministrazioni: il partenariato pubblico-pubblico. – 7. La gestione del servizio pubblico locale da parte di società miste.

### 1. Definizione di servizio pubblico

La nozione di servizio pubblico risulta di difficile individuazione, pur se utilizzata ampiamente dal Legislatore comunitario e da quello nazionale.

Alla luce dell'art. 43 Cost., il rapporto tra P.A. e servizi pubblici essenziali si articola in due modi distinti:

- come **riserva originaria**, nel senso che il servizio **nasce** come prestazione erogata da un soggetto pubblico;
- come **riserva derivata**, frutto di un processo di **pubblicizzazione** di attività un tempo private, acquisite allo Stato.

#### *1.1. La teoria del servizio pubblico in senso soggettivo*

La **teoria del servizio pubblico in senso soggettivo** stabilisce che è **pubblico il servizio imputabile allo Stato o ad altro ente pubbli-**

**co e da questo gestito, direttamente o indirettamente.** Il servizio pubblico consisterebbe nella prestazione di utilità di carattere tecnico e materiale a favore dei cittadini, *uti singuli* ovvero come collettività indifferenziata.

Questa ricostruzione, dominante sino agli anni '60, è stata revocata in dubbio da chi, valorizzando il portato costituzionale, non considera più il servizio pubblico come un'attività necessariamente nella disponibilità di un soggetto pubblico. A mente del pluralismo delle istituzioni sociali, di cui all'art. 2 Cost. e del **principio di sussidiarietà orizzontale** ex art. 118 Cost., si predilige, invece, una prospettiva funzionale, per attuare l'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost., che qualifica il servizio pubblico come **attività pubblica o privata destinata a soddisfare fini sociali** e soggetta a programmi e controlli ai sensi dell'art. 41, co. 3, Cost..

### *1.2. Segue le teorie del servizio pubblico in senso oggettivo e misto*

Secondo la **teoria oggettiva del servizio pubblico**, invece, per identificare giuridicamente un servizio pubblico non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, ma **è necessaria la vigenza di una previsione legislativa che, alternativamente, ne preveda l'istituzione e la relativa disciplina o che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione alla P.A.** Inoltre, tali attività devono avere carattere economico e produttivo e le utilità da esse derivanti devono essere dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti.

In tal modo, tuttavia, la teoria oggettiva conduce a una perimetrazione della nozione di "*servizio pubblico*" talmente ampia da risultare di dubbia utilità, in quanto ricomprende sia le attività economiche svolte da soggetti pubblici, sia quelle poste in essere da soggetti privati e indirizzate alla collettività.

Pertanto, si è sviluppata la cd. **teoria mista**, in cui il **criterio oggettivo** vale a chiarire che:

- **l'attività deve essere rivolta al pubblico;**
- **il servizio deve essere posto a disposizione degli utenti secondo canoni strutturali e funzionali di imprenditorialità**, almeno tendenziale o anche solo potenziale.

## 2. La normativa europea

La **teoria mista** sembra trovare fondamento nella normativa europea (v. art. 106 TFUE).

Va precisato, tuttavia, che **il diritto comunitario non prende in considerazione l'intera gamma dei servizi pubblici, ma unicamente quel particolare segmento rappresentato dai “servizi di interesse economico generale”**, ossia quei servizi, gestiti in forma imprenditoriale, che assumono la denominazione di servizi economici, industriali o commerciali. L'art. 106 cit. esprime preferenza per un modello concorrenziale di gestione del servizio, nel quale la P.A. interviene nell'attività gestoria, solo ove il mercato non sia in grado di soddisfare le esigenze dei cittadini; ma ciò presuppone una scelta pubblica sulla rilevanza dell'interesse economico generale e sull'insufficienza del mercato ad assicurarne il perseguimento.

Un'altra categoria utilizzata dal diritto comunitario è quella di **“servizio universale”**, ossia, secondo la definizione offerta dalla direttiva 2002/22, e ripresa dall'art. 1, co. 1, lett. l, D.Lgs. n. 259/03, *“un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile”*.

Le due nozioni – *“servizio di interesse economico generale”* e *“servizio universale”* – sono state recepite dal Legislatore nazionale, rispettivamente, nell'art. 2, co. 1, lett. h) ed i), D. lgs. n. 175/2016, recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

## 3. La riforma del processo amministrativo

A livello generale, elementi utili a definire il servizio pubblico sono contenuti nell'art. 133, co. 1, lett. c, c.p.a., il quale devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica Amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”*.

Come è noto, la disposizione in esame è frutto dell'intervento della Consulta, con la sentenza n. 204/2004, sul previgente regime normativo, che assegnava al G.A. una notevole fetta di contenzioso utilizzando il generico riferimento alla nozione dei "pubblici servizi".

L'effetto prodotto dal citato intervento è stato duplice: resta in piedi un criterio di **attribuzione generale** alla giurisdizione esclusiva del G.A. secondo le indicazioni fornite dal Giudice delle Leggi; rimane in vigore l'attribuzione secca delle controversie negli specifici servizi pubblici indicati.

La Consulta, a riprova della presenza di una pluralità di nozioni di "servizio pubblico", fa proprio un orientamento che limita la possibile deroga al riparto di giurisdizione, fondato sull'ordinario criterio della *causa petendi*, solo in presenza di una **contaminazione tra servizio pubblico e profilo autoritativo dell'attività amministrativa**.

#### 4. La riforma degli enti locali e del Titolo V della Costituzione

L'art. 112 TUEL (n. 267/2000) definisce i "servizi locali" quali **prestazioni di fare o dare**. Non si chiarisce, tuttavia, il preciso significato da attribuire al carattere "pubblico" del servizio.

Sul crinale applicativo, la riflessione dottrina e pretoria si è, pertanto, focalizzata:

##### a) sulla **legittimazione degli enti locali a istituire servizi pubblici locali in rapporto al diritto di iniziativa economica privata**.

Sul punto, l'art. 112 TUEL sembra legittimare gli enti locali ad assumere come servizi pubblici locali quelle attività rispondenti ad esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale. Tali decisioni, tuttavia, pur essendo discrezionali, incontrano determinati limiti: è necessaria una adeguata ponderazione degli interessi in gioco, da manifestare con una motivazione piena in ordine alle ragioni per le quali il servizio locale riveste carattere pubblico. Occorre, inoltre, accertare che l'attività oggetto del servizio soddisfi effettivamente bisogni fondamentali della comunità locale, la cura dei quali non può essere rimessa alla libera iniziativa privata.

**b) sulle forme di gestione del servizio e, in particolare, all'utilizzo delle società miste.**

*4.1. Servizi pubblici locali di rilevanza economica e privi di rilevanza economica*

Il TUEL reca un'importante distinzione nell'ambito dei servizi pubblici:

- **servizi pubblici locali di rilevanza economica** (art. 113 TUEL);
- **servizi privi di rilevanza economica** (art. 113-bis TUEL).

Con sentenza n. 272/2004, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113-bis, comportando, da un lato, una delimitazione del riparto delle competenze legislative, nel senso che **spetta allo Stato la disciplina della materia dei servizi pubblici locali** intercettata da esigenze di tutela della concorrenza, secondo proporzionalità e adeguatezza. Dall'altro, produce rilevanti conseguenze anche in termini di **disciplina sostanziale**: mentre per i servizi **di rilevanza economica** trova applicazione la disciplina di cui all'art. 113 TUEL, ispirata ai principi di separazione tra titolarità e gestione del servizio e a quelli di trasparenza e non discriminazione nell'affidamento della gestione, per i servizi **privi di rilevanza economica**, invece, detta disciplina può essere derogata dalle Regioni a favore di una gestione diretta del servizio ovvero mediante affidamenti diretti ai gestori.

Dalle conclusioni della Consulta deriva l'esigenza di individuare criteri precisi di individuazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, oltre a indici quali la natura del soggetto erogatore, ai caratteri e alle modalità della prestazione, ai destinatari.

Diversi, sul punto, gli approcci interpretativi:

- una parte della dottrina guarda alla categoria dei c.d. **servizi sociali**, ossia a quelle attività rivolte alla soddisfazione dei bisogni primari della persona;
- altra tesi concentra la propria attenzione sul concetto di **attività economica**, come enucleata dall'art. 2082 c.c., per il quale sono riconducibili al novero di attività economica quelle in grado di produrre utili e, quindi, di garantire, almeno, la copertura dei costi di produzione, **secondo un modello gestionale di carattere imprenditoriale**.

#### 4.2. Lo statuto dei servizi di rilievo economico

L'art. 113 TUEL contiene una disciplina piuttosto dettagliata, che si sostanzia in due momenti essenziali:

- a) **il regime pubblicistico delle reti;**
- b) **i modelli di gestione dei servizi.**

Quanto al primo profilo, l'art. 113, co. 2, TUEL prevede che **gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici**: i beni in questione acquisiscono, così, un regime che li avvicina a quello dei beni demaniali. L'attività di **gestione** della rete e degli impianti viene considerata come un aspetto che può assumere autonomia organizzativa e, a seconda della disciplina del settore, può o meno essere assegnata a colui che eroga il servizio, purché l'accesso alle reti sia garantito a tutti i soggetti legittimati a erogare il servizio.

Qualora la gestione della rete non venga assegnata a colui che eroga il servizio, l'ente locale ha la possibilità di affidarla direttamente a una società a capitale pubblico – sempre che ricorrano i presupposti dell'*in house providing* – ovvero di individuare un'impresa idonea all'esito di una gara pubblica.

Lo specifico profilo relativo alla **gestione dei servizi** è stato oggetto di ravvicinati interventi normativi: la disciplina, originariamente dettata dall'art. 113, co. 5, TUEL, è stata dapprima incisa dall'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, attuato con il D.P.R. n. 168/2010, e poi, a seguito della sua abrogazione referendaria, è stata sostituita dall'art. 4, co. 13, del D.L. n. 138/2011. Con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 199/2012, è stata, poi, dichiarata l'illegittimità costituzionale di tale disposizione. Infine, con la L. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia), sono state apportate ulteriori innovazioni. Mentre l'iter di approvazione dello schema di decreto legislativo, recante il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, è stato arrestato a seguito della pronuncia della Consulta n. 251/2016, è stato, invece, emanato il **D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175** recante "*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*", successivamente integrato dal D. lgs. 16 giugno 2017, n. 100.

#### 4.3. Affidamenti in house

La P.A. dispone di una duplice **modalità di gestione dei servizi**:

- può avvalersi dei propri mezzi per produrre beni e risorse;

- può rivolgersi all'esterno, stipulando un contratto che le garantisca il servizio, il bene o l'opera.

**Il problema dell'organo *in house* nasce proprio in relazione alla contrapposizione tra il c.d. “contracting out” e l'autoproduzione: ci si è, infatti, chiesti se la realizzazione di beni e servizi con società all'uopo create e sottoposte al controllo dell'Amministrazione configuri un'autoproduzione ovvero un'esternalizzazione.**

La soluzione del quesito assume importanza centrale: la qualificazione dell'*in house* quale attività di esternalizzazione, infatti, imporrebbe il suo assoggettamento agli obblighi comunitari, primo tra tutti l'obbligo di rispettare le regole di evidenza pubblica.

Prima di esaminare le recenti novità in tema di enti *in-house*, è, tuttavia, utile ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale precedente.

Nell'ottica comunitaria, la **Corte di Giustizia, con la sentenza Teckal del 18 novembre 1999, C-107/98**, ha chiarito che, affinché ci sia un contratto, non è sufficiente che vi siano due soggetti **formalmente** distinti, ma è necessario che gli stessi siano anche **sostanzialmente** diversi e che, quindi, non risultino espressione di un unico centro decisionale (c.d. rapporto intersoggettivo).

Alla luce delle “linee guida” dettate a livello sovranazionale, l'elaborazione giurisprudenziale nazionale considera l'*in house* una forma di **autoproduzione**, caratterizzata dalla mancanza di alterità tra il soggetto pubblico controllante e la struttura societaria (cd. relazione interorganica).

Affinché si possa parlare di gestione *in house*, sono necessari **due requisiti**:

- che l'ente eserciti sulla società *in house* **un controllo analogo** a quello che viene normalmente esercitato sui suoi uffici e servizi;
- che **la parte più importante dell'attività sia svolta per conto dell'ente affidante.**

Il Legislatore, con il D. Lgs. n. 50/2016, ha proceduto alla ‘positivizzazione’ dell'istituto dell'*in house*, con puntuale definizione dei caratteri e presupposti applicativi; in secondo luogo, con la L. n. 124/2015 (Legge Madia) e il decreto attuativo in materia di società a partecipazione pubblica (D. Lgs. n. 175/2016), sono state introdotte nuove regole concernenti l'autoproduzione.

## 5. La positivizzazione dell'*in house*

L'**art. 5 del D. Lgs. n. 50/2016** stabilisce che sono esclusi dall'ambito applicativo dello stesso Codice dei Contratti le ipotesi di appalti pubblici aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, al ricorrere delle seguenti condizioni:

- “a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad 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”.

Il comma 2 del richiamato art. 5 chiarisce che l'amministrazione aggiudicatrice esercita un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi, ove la stessa eserciti un'influenza dominante tanto sugli obiettivi strategici, quanto sulle decisioni fondamentali della persona giuridica controllata. Tale forma di controllo può essere esercitata anche da una persona giuridica diversa che, a sua volta, sia controllata dall'amministrazione aggiudicatrice (controllo di secondo grado).

Quanto, invece, al **D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175**, in materia di società a partecipazione pubblica, si prevede l'affidamento diretto in favore di società sulle quali l'amministrazione pubblica o le amministrazioni pubbliche esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, il cui art. 2 fornisce una definizione di controllo analogo simile a quella contenuta nel Nuovo codice dei contratti pubblici. In particolare, poi, il comma 2 dell'art. 16 del medesimo decreto chiarisce, più nello specifico, le modalità attraverso cui è possibile esercitare tale controllo analogo.

### 5.1. Il controllo analogo

Il controllo analogo, come appena esposto, postula una **dipenden-**



**za integrale** delle scelte del *management* rispetto alle direttive impartite dall'ente pubblico.

**La fonte di tale controllo deve preesistere all'affidamento** e non conseguire allo stesso. La fonte potrà, quindi, essere la legge, lo statuto dell'ente locale, o, più in generale, un atto amministrativo.

Dibattuta è l'intensità del controllo **nell'autonomia manageriale dell'organismo societario**.

Si ritiene che i controlli esercitati dalla P.A. devono essere *sugli organi, sugli atti, sulle azioni e sui comportamenti*.

Il comma 3 del richiamato art. 5 prevede, inoltre, la possibilità di adottare un ulteriore assetto organizzativo nell'affidamento dei contratti: l'amministrazione controllata può, infatti, affidare il contratto all'amministrazione controllante o ad altro soggetto da questa controllato (c.d. **in house capovolto**), "a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad 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".

Nella prassi, inoltre, si è spesso posto il problema dell'ammissibilità del c.d. **in house indiretto**, ove l'ente locale non sia socio diretto, ma controlli la società attraverso l'intermediazione di un'altra società. In proposito, si può affermare che se, nonostante la presenza di schermi societari, le regole legali, nonché statutarie e amministrative, assicurano all'ente locale il "controllo analogo" sulla società *in house*, il risultato va considerato sostanzialmente raggiunto.

Da ultimo, in tema di controllo analogo, l'art. 5, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 ha positivizzato l'istituto dell'**in house frantumato**, prevedendo che il controllo sulla società affidataria del contratto possa essere esercitato "congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici", in presenza dei requisiti necessari in materia di *in house*.

## 5.2. La dedizione prevalente

Ai fini dell'integrazione del modello *in house* è, altresì, necessario che, sul piano funzionale, la società *in house* realizzi "la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici" **che la controllano**.

Tanto può accadere in due ipotesi:

- l'organismo *in house* svolge attività sostitutive dei servizi e delle funzioni erogate dall'Amministrazione all'utenza;
- l'organismo stesso procura all'ente controllante fattori produttivi e risorse necessarie per l'attività istituzionale.

In definitiva, solo se e nella misura in cui l'attività compiuta dall'operatore sia rivolta, per la parte prevalente, a vantaggio dell'autorità controllante, si configura un servizio *in house*, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per l'istituzione cui appartiene. Unicamente in questo caso, infatti, viene in rilievo un mero “*prolungamento amministrativo*” dell'ente pubblico, con conseguente esonero dall'osservanza delle regole di concorrenza, prescritte dalle direttive comunitarie.

Per **stabilire quando ricorra detta prevalenza qualificata, intesa in senso qualitativo e quantitativo**, si deve tener conto di tutte le attività realizzate dall'ente, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa Amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate. L'art. 5 del D. Lgs. n. 50/2016, al comma 1, lett. b), stabilisce, in maniera innovativa, che la soglia minima di attività della persona giuridica controllata, destinata all'amministrazione aggiudicatrice controllante, deve ammontare almeno all'80% dell'attività stessa.

### 5.3. La partecipazione pubblica totalitaria

A partire dalle storiche **sentenze Stadt Halle, 11 gennaio 2005, C-26/03, e Parking Brixen, 13 ottobre 2005, C-458/03**, il Giudice comunitario ha, più volte, specificato che, per integrare il controllo analogo, è necessaria la **detenzione dell'intero capitale sociale da parte dell'ente pubblico**, in quanto la presenza, anche futura, di una componente privatistica comporta una deviazione dell'attività dell'ente dai suoi fini meramente pubblici, inquinando il requisito teleologico che solo giustifica il fenomeno dell'affidamento *in house*.

Tale impostazione è stata, da ultimo, disattesa nel nostro ordinamento, per effetto della previsione di cui all'art. 5 del D. Lgs. n. 50/2016, che pone, tra i requisiti dell'autoproduzione, l'affidamento del servizio ad una persona giuridica nella quale non vi sia “*alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legisla-*”

*tive nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.*

#### 5.4. L'in house è una regola o un'eccezione?

Occorre verificare **se il modulo dell'in house sia un'eccezione alla regola generale dell'outsourcing, oppure una regola parallela** che consente alla P.A. di decidere discrezionalmente quale strumento gestionale adoperare.

Diverse le posizioni in giurisprudenza:

- una **prima posizione** interpretativa escludeva l'obbligo della P.A. di rivolgersi al mercato, dovendone solo rispettarne le regole ove avesse deciso di ricorrervi, con la conseguente libera ricorribilità all'autoproduzione del servizio;
- altra tesi** considerava l'in house un'eccezione, in ragione della cogenza delle regole comunitarie in materia di concorrenza, obbligando la P.A. a ricorrere all'esternalizzazione del servizio.

Il dibattito è stato alimentato da un' **evoluzione legislativa in materia quanto mai convulsa.**

In particolare, l'**art. 23-bis del D.L. n. 112/08** considerava, *expressis verbis*, l'in house come un'eccezione, ammissibile solo in casi particolari, previo parere dell'Autorità per la tutela della Concorrenza e del Mercato.

A seguito della **consultazione referendaria di giugno 2011**, la disciplina in esame era stata sostituita dall'**art. 4, co. 13, del D.L. n. 138/2011** e s.m.i., che aveva ammesso l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico come opzione eccezionalmente praticabile nei soli casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui.

Sul quadro delineato ha, poi, inciso la **decisione n. 199/2012, con cui la Corte Costituzionale** ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011, in quanto meramente riproduttiva di una disposizione (il citato art. 23-bis), abrogata dalla consultazione referendaria del 2011.

Dopo la pronuncia della Consulta, il Legislatore è nuovamente intervenuto in materia con l'**art. 4 del D.L. n. 95/2012**, con il quale si procedeva nuovamente ad una stretta sull'operatività del meccanismo in house.

**La Consulta, con pronuncia n. 229/2013**, è intervenuta nuovamente a delimitare il quadro di riferimento normativo degli affidamenti *in house*, dichiarando l'illegittimità della norma in esame nella parte in cui si applica alle Regioni ad autonomia ordinaria.

Alla pronuncia della Consulta, ed ai conseguenti successivi interventi adeguatori del Legislatore, è tuttavia sopravvissuta la disciplina limitativa recata dal comma 8 dell'art. 4, dichiarata incostituzionale per le sole società regionali, ma conservata intatta per le altre società.

In materia di società pubbliche che erogano **servizi pubblici locali**, poi, il Legislatore è intervenuto con l'**art. 34, D.L. n. 179/2012**, cd. "*Sviluppo Bis*".

In virtù di tale disciplina, si impone l'obbligo, per l'ente affidante, di predisporre una **relazione illustrativa** della rispondenza dei sistemi di gestione dei servizi pubblici locali in atto alla normativa comunitaria, con attestazione della sussistenza dei requisiti dell'*in house*.

Dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 50/2016, un ulteriore spunto di riflessione in ordine alla preclusione alla libera ricorribilità da parte degli enti pubblici agli affidamenti *in house* è costituito dall'art. 192, il cui comma 2 sembra collocare l'*in house* su un piano **subordinato ed eccezionale** rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, consentendo tali affidamenti solo in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante nonché imponendo alla P.A. che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

Deve peraltro segnalarsi che la compatibilità di tale previsione con diritto comunitario - e segnatamente con i principi di libera amministrazione delle autorità pubbliche e di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle PP.AA. - è stata revocata in dubbio dal Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138, ha investito della questione la Corte di Giustizia UE.

## **6. La cooperazione tra pubbliche amministrazioni: il partenariato pubblico-pubblico**

In chiusura, deve darsi atto di una nuova forma di affidamento, la c.d.