

## ***In-house providing* ed obbligo di motivazione in ordine al “mancato ricorso al mercato”**

Con sentenza n. 100 depositata lo scorso 27 maggio, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'art. 192, co. 2 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) che, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, richiede alle stazioni appaltanti di dar «conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato».

Assente nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, l'obbligo previsto dall'art. 192, co. 2 è stato introdotto dal legislatore in occasione della trasposizione delle direttive stesse nell'ordinamento nazionale, e si applica in tutti i casi di affidamento *in house* di contratti, anche sotto soglia, aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza.

### *Divieto di gold plating e tutela della concorrenza*

Come evidenziato dalla Consulta, la questione di legittimità – sottoposta dal Tar Liguria – ripropone il sempre vivo dibattito sulla natura eccezionale o generale dell'affidamento diretto sotto l'angolo visuale del vizio di delega ai sensi dell'art. 76 della Costituzione.

Il Tar Liguria chiede, infatti, se l'obbligo di motivazione in ordine al mancato ricorso al mercato, in quanto non previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, si ponga in contrasto con il **divieto di *gold plating*** sancito dalla legge delega 11/2016<sup>1</sup> per il recepimento delle direttive nel Codice dei contratti pubblici.

Sotto questo primo profilo, la Corte ricorda che il *gold plating* (ossia il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie) non è un principio del diritto dell'Unione europea, che obbliga gli Stati membri ad attuare le direttive «lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili)».

Il divieto di *gold plating*, posto dal legislatore delegante come criterio particolare di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, è stato introdotto dal legislatore italiano in termini generali all'art. 14, co. 24 *bis, ter* e *quater* della l. 246/2005, e mira ad evitare che, in occasione del recepimento di direttive, vengano impropriamente introdotti nell'ordinamento nazionale oneri sproporzionati e non necessari a carico di cittadini ed imprese.

In accordo con la *ratio* del divieto generale di *gold plating* previsto dall'ordinamento italiano, la finalità del corrispondente criterio di delega per il recepimento delle direttive sui contratti pubblici è quella di «impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini». Da ciò consegue, secondo la Consulta, che l'art. 192, co. 2 non incorre nel divieto di *gold plating*, considerato che l'obbligo di motivazione ivi previsto «si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice pro concorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vd. legge delega 11/2016, art. 1, co. 1, lett. a).

<sup>2</sup> Oltre che essere confermata dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016, la legittimità dell'art. 192, co. 2 si evince anche dalle recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha riconosciuto che gli Stati membri sono liberi di scegliere le modalità di erogazione dei servizi della PA e possono condizionarne l'affidamento *in house* alla sussistenza di vantaggi per la collettività (vd. ordinanza 6 febbraio 2020, cause da C-89/19 a C-91/19, *Rieco*; sentenza 3 ottobre 2019, causa C-285/18, *Irgita*).

## *La legittima scelta del legislatore italiano*

L'obbligo di motivazione in ordine al mancato ricorso al mercato si pone nei limiti sanciti dall'art. 76 della Costituzione anche quanto al secondo criterio di delega, oggetto del quesito del Tar Liguria, che richiede di garantire «adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house»<sup>3</sup>.

Al riguardo la Corte rileva come tale criterio prescriva il necessario rispetto dei principi fondamentali di pubblicità e trasparenza nel particolare contesto degli affidamenti diretti, andando dunque ad evidenziare «una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante»: ed è proprio in relazione a tale specifica attenzione che va valutata la scelta del legislatore delegato di imporre il particolare onere motivazionale in ordine al mancato ricorso al mercato.

In tale ottica, la Corte ritiene dunque che l'art. 192, co. 2 sia espressione di «una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto», che si è espressa in modo costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni in risposta all'abuso dell'*in house providing* da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come evidenziato dall'ANAC<sup>4</sup> e da alcune norme di settore<sup>5</sup>.

Applicando all'art. 192, co. 2 osservazioni già svolte in relazione alla legittimità dell'art. 23-bis del d.l. 112/2008, che limitava l'affidamento *in house* alle situazioni eccezionali in cui non fosse possibile ricorrere al mercato, la Corte evidenzia come il legislatore italiano abbia deciso, sulla base di una propria scelta pro-concorrenziale, di limitare la gestione *in house* in via eccezionale, pervenendo ad un'applicazione più estesa della regola comunitaria dell'affidamento del servizio mediante gara pubblica. In quanto introduce una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, la scelta del legislatore italiano non solo non è imposta dal diritto comunitario e, dunque, non è costituzionalmente obbligata ai sensi dell'art. 117, co. 1 della Costituzione; essa non è neppure in contrasto con la citata normativa comunitaria «che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»<sup>6</sup>.

Avv. Sara Gobbato per Italia Ius  
3 giugno 2020

---

<sup>3</sup> Vd. legge delega 11/2016, art. 1, co. 1, lett. ee).

<sup>4</sup> Vd. in particolare Linee guida n. 7 per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016.

<sup>5</sup> La Consulta cita l'art. 23-bis d.l. 112/2008; l'art. 34, co. 20, d.l. 179/2012; l'art. 7, co. 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (adottato ai sensi degli artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124); l'art. 5, co. 1, d.l. 175/2016.

<sup>6</sup> Sul punto la Consulta cita le proprie sentenze n. 325/2010 e n. 46/2013.