

Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell’obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *La questione deferita alla Corte costituzionale*. – 3. *La sentenza n. 100 del 27 maggio 2020*. – 4. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

La sentenza 27 maggio 2020, n. 100 resa dalla Corte costituzionale affronta la controversa questione – riproposta sotto l’angolo visuale del vizio di delega – della natura generale o eccezionale (1) dell’affidamento *in house*.

(1) Sulla “non eccezionalità” del ricorso al modello *in house*, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4902, che richiama la più recente giurisprudenza sul punto, ricordando che, stante l’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008, e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, “è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; mentre, con l’art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 197, sono venute meno le ulteriori limitazioni all’affidamento *in house*, contenute nell’art. 4, c. 8 del predetto d.l. n. 238/2011” (Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2013, 328, con nota di Pierobon); Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, in *Foro amm.*, 2015, 76, che, non solo ha ribadito la natura ordinaria e non eccezionale dell’affidamento *in house*, ricorrendone i presupposti, ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell’amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l’ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta; Cons.

Una questione alla cui risoluzione la Corte non ha mancato di fornire, già in passato, un contributo decisivo allorché ha riconosciuto che le condizioni imposte dall’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, pur imprimendo un maggior rigore nelle condizioni di ammissibilità dell’affidamento *in house* rispetto al diritto europeo, non fossero illegittime in quanto la “normativa comunitaria [...] costituisce solo un minimo inderogabile”, che gli Stati ben possono implementare con misure di maggior favore per l’assetto concorrenziale del mercato (Corte cost., n. 325/2010; n. 46/2013).

La sentenza – che inaugura una “nuova stagione” di sospetti (di legittimità costituzionale e incompatibilità eurounitaria) sull’*in house providing* (2) – si presta ad un duplice livello di lettura: da un lato, la pronuncia attiene alla violazione dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11/2016 e, più in particolare, del c.d. divieto di *gold plating*; dall’altro, costituisce una nuova ed ulteriore presa di posizione della Consulta sulla natura, generale o eccezionale, dell’affidamento *in house* e, più in particolare, sulle forme di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali.

2. *La questione deferita alla Corte costituzionale*

La vicenda trae origine dall’ord. 15 novembre 2018, n. 886 (3), con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che le Stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, “delle ragioni di man-

Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554, che richiama, in senso rafforzativo, il quinto “considerando” della direttiva n. 2014/24/UE, laddove si ricorda 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 o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

(2) C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l’*in house providing*? L’art. 192, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità Costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in <www.federalismi.it>, 17 aprile 2019.

(3) La vicenda controversa dinanzi al giudice *a quo* aveva ad oggetto l’impugnazione, da parte di un’impresa (gestore uscente del servizio di parcheggio a pagamento nel Comune di Alassio), della deliberazione della giunta comunale con cui veniva disposto l’affidamento del servizio *in house*. A sostegno del gravame il ricorrente deduceva la violazione dell’art. 106 del Tfu e dei principi comunitari in materia di *in house providing* – lamentandosi, in particolare, che l’amministrazione non avrebbe dato adeguatamente conto della preferenza per il modello dell’*in house* e che detta scelta non sarebbe stata preceduta da una concreta e trasparente disamina delle alternative esistenti, in contrasto con quanto prescrive l’art. 192, c. 2, del codice – oltre al vizio di eccesso di potere per sviamento. Il Tar, con l’ordinanza collegiale n. 886/2018, ha sospeso il processo ed ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, laddove impone alla stazione appaltante di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato.

cato ricorso al mercato”, per contrasto con l’art. 76 Cost., in relazione all’art. 1, lett. a) ed eee) della legge di delegazione 28 gennaio 2016, n. 11 (recante “Deleghe al governo per l’attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014”).

La premessa da cui muovono i sospetti di incostituzionalità del Tar è che, alla luce delle previsioni di cui all’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, il Legislatore abbia inteso disciplinare l’*in house providing* quale istituto eccezionale, con la conseguenza per cui le relative regole devono essere interpretate in maniera restrittiva e la scelta del ricorso all’autoproduzione deve giocoforza seguire all’impossibilità, congruamente motivata, di ricorrere a procedure di evidenza pubblica (4).

Impostazione che, è bene chiarire sin da subito, sebbene autorevolmente sostenuta, sembrerebbe ormai superata dai più recenti orientamenti della giurisprudenza.

IL Tar, dopo un’articolata e puntuale ricostruzione dell’ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale (5) sulla figura dell’*in house providing* – a partire dalla celebre sentenza *Teckal* (6) fino alla Direttiva

(4) Ad avviso del giudice rimettente, tale principio può ritenersi operante anche nell’ordinamento interno, come riconosciuto da diversi arresti del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034, in *Riv. giur. servizi pubbl.*, 2016, 489, solo massima, con nota di Sorrentino; Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902, in *Foro amm.*, 2017, 1991; Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554, in *Guida al dir.*, 2017, 34, 62, con nota di D. Ponte), dovendosi valorizzare in tal senso il disposto dell’art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012, che, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede che “l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”.

(5) Per una panoramica sulle più rilevanti decisioni della Cgue in tema di *in house providing*: *Teckal*, 18 novembre 1999, C-07/98; *Stadt Halle*, 11 gennaio 2005, C-26/03; *Coname*, 21 luglio 2005, C-231/03; *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-458/05; *Mödling*, 10 novembre 2005, C-29/04; *Anav*, 6 aprile 2006, C-410/04; *Carbotermo*, 11 maggio 2006, C-340/04; *Asemfo*, 19 aprile 2007, C-295/05; *Termoraggi*, 10 aprile 2008, C-323/07; *Comune di Mantova*, 17 luglio 2008, C-371/05; *Coditel*, 13 novembre 2008, C-324/07; *Sea*, 10 settembre 2009, C-573/07; *Acoset*, 15 ottobre 2009, C196/08; *Econord*, 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11; *Politecnico di Amburgo*, 8 maggio 2014, C-15/13; *Centro Hospitalar de Setúbal Epe*, 19 giugno 2014, C-574/12; *Comune di Sulmona*, 8 dicembre 2016, C-553/15.

(6) In realtà, il primo riferimento alla formula *in house providing* si rinviene nel Libro Bianco sugli Appalti pubblici nell’UE dell’11 marzo 1998, ove la Commissione ha utilizzato la locuzione “appalto *in house*” per indicare gli appalti “aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un’amministrazione e una società da questa interamente controllata” (Comunicazione della Commissione europea, 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell’Unione*

2014/24/UE, – ha ritenuto che l’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 eccedesse rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016, in violazione dell’art. 76 Cost.

In particolare, ad avviso del Giudice rimettente, risulterebbe violato:

- l’art. 1, c. 1, lett. a), che prevede il divieto di introduzione e mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle Direttive (c.d. “divieto di *gold plating*”);

- l’art. 1, c. 1, lett. eee), relativo alla garanzia di 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, c.d. affidamenti *in house*.

Sotto un primo profilo, secondo il Tar il Legislatore delegato avrebbe asseritamente “introdotto un onere amministrativo di motivazione – circa le ragioni di mancato ricorso al mercato – maggiore e più gravoso di quelli strettamente necessari per l’attuazione della Direttiva n. 24/2014/UE”, donde la violazione del divieto di *gold plating*.

Con riferimento, invece, al secondo profilo, l’art. 1, c. 1, lett. eee), porrebbe a carico delle Stazioni appaltanti che ritengano di ricorrere all’affidamento *in house* il rispetto di una serie di obblighi, ma non l’ulteriore onere di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, indebitamente introdotto dal Legislatore delegato.

3. La sentenza n. 100 del 27 maggio 2020

Con la sentenza in commento, la Corte ha ritenuto la questione infondata in relazione ad entrambi i parametri interposti dedotti dal Tar.

Sotto un primo profilo, la questione sottoposta al vaglio della Corte si muove all’interno dei margini di discrezionalità riservati al Legislatore nazionale all’atto di recepimento delle direttive e offre lo spunto per operare una prima, puntuale ed analitica ricostruzione del c.d. divieto di *gold plating*,

Sul piano regolatorio, la definizione “*gold plating*” (7) è apparsa per la prima volta nella Comunicazione della Commissione Europea dell’8 ottobre 2010 (8), che reca una serie di proposte volte al raggiungimento dell’obiettivo di una “legiferazione intelligente”, a livello sia europeo che nazionale, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese.

europea). In dottrina, cfr. G. Piperata, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *le Regioni*, 2009, pp. 651 ss., pp. 653 s.

(7) Come efficacemente chiarito dalla Commissione, “Il termine *gold-plating* si riferisce alla prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro”.

(8) “Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni” dell’8 ottobre 2010, recante “*Legiferare con intelligenza nell’Unione Europea*”.

Tra le indicazioni della Commissione per migliorare la qualità della legislazione vigente, vi era quella di richiedere al Gruppo di lavoro “una relazione sulle migliori pratiche negli Stati membri per un’attuazione meno onerosa della legislazione Ue”, con contestuale impegno ad approfondire “l’analisi del fenomeno delle ‘regole aggiuntive’ (il cosiddetto ‘gold plating’)”.

Nell’ordinamento nazionale, invece, il divieto di *gold plating* è stato introdotto per la prima volta a seguito dell’entrata in vigore della l. 12 novembre 2011, n. 183, che ha inserito all’art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, i cc. 24-*bis*, *ter* e *quater*, a tenore dei quali gli atti di recepimento delle direttive comunitarie non possono prevedere l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle medesime direttive, salvo casi eccezionali in relazione ai quali “si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria”, di cui l’amministrazione deve dare conto “nell’analisi di impatto della regolamentazione” (9).

Alla stregua di tali disposizioni, devono intendersi livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle Direttive europee: (i) l’introduzione o il mantenimento di requisiti, *standard*, obblighi e oneri non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive; (ii) l’estensione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; (iii) l’introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive.

Dal tenore delle richiamate disposizioni, emerge che la *ratio* del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11/2016, 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”.

(9) Il c. 24-*bis* recita: “[g]li atti di recepimento di direttive comunitarie non possono prevedere l’introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, salvo quanto previsto al comma 24-*quater*”. Il c. 24-*ter*, poi, puntualizza quali debbano intendersi livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie, ovvero: “a) l’introduzione o il mantenimento di requisiti, *standard*, obblighi e oneri non strettamente necessari per l’attuazione delle direttive; b) l’estensione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l’introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l’attuazione delle direttive”. Il c. 24-*quater*, infine, dispone che “[l]’amministrazione dà conto delle circostanze eccezionali, valutate nell’analisi d’impatto della regolamentazione, in relazione alle quali si rende necessario il superamento del livello minimo di regolazione comunitaria. Per gli atti normativi non sottoposti ad Air, le amministrazioni utilizzano comunque i metodi di analisi definiti dalle direttive di cui al c. 6 del presente articolo”.

Se così è, come emerge dalla cristallina ricostruzione della Consulta, l’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 non può dirsi in contrasto con il criterio previsto dall’art. 1, c. 1, lett. a), della legge delega n. 11/2016.

La norma *de qua*, infatti, come evidenziato dalla Corte, “si rivolge all’amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato”.

La rilevanza di tale finalità, del resto, è stata più volte riconosciuta sia dal Consiglio di Stato che dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (10).

In particolare, l’adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1 aprile 2016, relativo allo schema di decreto legislativo del nuovo codice dei contratti pubblici, aveva già chiarito che “il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive va retamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, non anche in una prospettiva di “abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive” (11).

La giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, invece, proprio con riferimento all’art. 192 d.lgs. n. 50/2016, aveva ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva n. 2014/24/Ue e all’art. 2, par. 1, della direttiva n. 2014/23/Ue) discende la “libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze” (Corte just., Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, *Rieco spa*).

Sicché, in un certo senso, la conclusione cui è giunta la Corte era pressoché necessitata (12), anche

(10) La Corte di giustizia, nell’affermare la non contrarietà della norma oggi scrutinata all’art. 12, par. 3, della direttiva 2014/24/Ue, ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/Ue e all’art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la “libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze” e, conseguentemente, quel principio “li autorizza a subordinare la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna” (Cgue, Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, *Rieco spa*, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, Sezione V, con ord. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296; nello stesso senso, Cgue, Sez. IV, sent. 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, *Irgita*).

(11) Cfr. adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855.

(12) Come osservato da attenta dottrina ancor prima della pubblicazione della sentenza, la lettura dell’ordinanza di rinvio già destava “perplexità sull’iter logico seguito dal giudice a

alla luce della circostanza – ben evidenziata dalla Corte – che, nel caso di specie, “il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” e, dunque, il c.d. *gold plating*, è imposto dal criterio direttivo di cui all’art. 1, c. 1, lett. a) della legge delega, “ma non è un principio di diritto comunitario”, che vincola “gli Stati membri all’attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati” (13).

Neppure ricorre, ad avviso della Corte, la violazione dell’art. 1, c. 1, lett. eee), della medesima l. n. 11/2016, che impone – come si è detto – alle Stazioni appaltanti precipui oneri tecnici e amministrativi (14) in caso di ricorso all’affidamento *in house*.

Tale criterio direttivo, infatti, rinviene il proprio “epicentro” non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza, che permea di per sé l’intera azione amministrativa, quanto, piuttosto, nell’esigenza di limitare il ricorso all’affidamento diretto.

In tal senso, precisa più che condivisibilmente la Consulta, la norma delegata è “espressione di una linea restrittiva del ricorso all’affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali” (15).

quo” e “dubbi circa la probabilità di un esito favorevole del rinvio”, C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l’in house providing? L’art. 192, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in <www.federalismi.it>, 17 aprile 2019.

(13) Precisa la Corte che “il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (il cosiddetto *gold plating*) è imposto da tale criterio direttivo e dalle norme da esso richiamate, ma non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all’attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati”.

(14) Nello specifico, la disposizione impone di garantire “adequati 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*, prevedendo, anche per questi enti, l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all’affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione”.

(15) Già l’art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 e poi abrogato a seguito di referendum, richiedeva, tra le altre condizioni legittimanti il ricorso all’affidamento *in house* nella materia dei servizi pubblici locali, la sussistenza di “situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato”. L’onere motivazionale in questione, inoltre, non si discosta, nella sostanza, da quello imposto dall’art. 34, c. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori

In questa prospettiva, il precipuo onere motivazionale imposto dall’art. 192, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 alle Stazioni appaltanti – onerate di motivare circa le ragioni di mancato ricorso al mercato – non incorre nel paventato vizio di eccesso di delega.

La norma, proprio perché sorretta da un intento pro-concorrenziale più rigoroso “rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario” – risolvendosi in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso all’affidamento *in house* – non è da questo imposta e dunque non è costituzionalmente obbligata, ma neppure può dirsi in contrasto con le “Direttive appalti e le concessioni” che, in quanto dirette a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri (16).

Pertanto, la “specificazione introdotta dal legislatore delegato è riconducibile all’esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell’attuazione del criterio di delega, ne rispetta la *ratio* ed è coerente con il quadro normativo di riferimento” (17).

ri misure urgenti per la crescita del Paese), convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221.

Quest’ultima disposizione, infatti, richiede l’indicazione delle ragioni dell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l’adeguata informazione alla collettività di riferimento, e ciò non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l’amministrazione a ricorrere all’*in house* invece di rivolgersi al mercato. A sua volta, l’art. 7, c. 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 l. 7 agosto 2015, n. 124, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), stabiliva, tra l’altro, che, “[n]el caso di affidamento *in house* o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà, altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato”. Infine, l’art. 5, c. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che reca in rubrica “[o]neri di motivazione analitica”, manifesta la stessa cautela verso la costituzione e l’acquisto di partecipazioni di società pubbliche (comprese quelle *in house*), prevedendo, nella sua versione attuale, che “l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica [...] deve essere analiticamente motivato [...], evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.

(16) La Corte costituzionale richiama, al riguardo, le sent. n. 325/2010 e n. 46/2013.

(17) Sul punto, cfr., in giurisprudenza, Corte cost., n. 10/2018; n. 59/2016; nn. 146 e 98/2015; n. 46/2013; in dottrina, cfr. R. Arena, *Il rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2006, p. 108; P. Magarò, *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 31 ss.; N. Maccabiani, *La legge delegata: vincoli costituzionali e discrezionalità del Governo*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 99 ss.; R. Chieppa, *Il controllo di legittimità costituzionale. A proposito della delega*

Pertanto, ad avviso della Corte, l'espressa previsione di uno specifico onere motivazionale a carico delle Stazioni appaltanti – tenute a dare conto, ai sensi dell'art. 192, c. 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, “nella motivazione del provvedimento di affidamento” *in house* “delle ragioni del mancato ricorso al mercato” – deve essere ricondotto all'esercizio dei normali margini di discrezionalità spettanti al legislatore delegato in sede di attuazione dei criteri di delega (18).

4. Conclusioni

La sentenza in rassegna si inserisce nel solco di quella giurisprudenza costituzionale, già ampiamente criticata dalla dottrina, secondo cui le condizioni integranti la gestione *in house* ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto devono essere interpretate restrittivamente, “costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica” (19).

La pronuncia, se, da un lato, si espone alle medesime critiche avanzate da quella dottrina che – sulla scorta della libertà di organizzazione e gestione del servizio, consacrata a livello normativo nella Direttiva 2014/24/UE – ritiene illegittima ogni forma di sfavore manifestata dal Legislatore nei confronti dell'affidamento di servizi pubblici alle società *in house*, dall'altro lato, trova oggi ulteriore conforto nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, in una recentissima ordinanza, ha chiarito che dal principio di libera autorganizzazione discende innanzitutto la “libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze” e, conseguentemente, di “subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una

gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna” (20).

Occorre inoltre evidenziare, sotto un diverso profilo, come la questione in realtà affrontata e risolta dalla Corte costituzionale riguardi, piuttosto che l'asserita violazione del principio di *gold plating*, l'ammissibilità di una preoccupante “perimetrazione” del *quantum* di tutela prevista dal legislatore nazionale nei confronti di un bene giuridico, nel caso di specie quello della concorrenza.

Detto principio, infatti, pur perseguendo il dichiarato fine di arginare il fenomeno secondo cui la legge di attuazione di una direttiva possa prevedere dei livelli di regolazione più rigidi rispetto a quelli sanciti dalla direttiva stessa non introduce, per ciò stesso, una limitazione generale della tutela del bene giuridico della concorrenza, quest'ultimo – è opportuno ricordarlo – annoverato tra i beni giuridici la cui protezione è imposta tanto dalle fonti costituzionali, quanto da quelle euro-unitarie.

In altre parole, occorre distinguere il caso nel quale il legislatore nazionale “irrigidisca” irragionevolmente la disciplina nazionale attuativa delle direttive europee di cui all'art. 288 Tfeue, da quello, ben diverso e ricorrente nel caso risolto dalla Consulta, nel quale esso, esercitando la propria “discrezionalità normativa”, si limiti ad approntare una maggiore tutela nei confronti di un bene giuridico, quale è quello della concorrenza, la cui esigenza di protezione è desumibile, sul piano costituzionale, dal combinato disposto di cui agli artt. 3 e 41 Cost.

MATTEO PAOLELLI

legislativa, in S. Traversa (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione*. Lezioni, Napoli, Jovene, 2006, pp. 19 ss.

(18) In dottrina, sull'ambito di applicazione dell'art. 192 d.lgs. n. 50/2016 e la sua conformità ai criteri della legge di delegazione, cfr. R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, Zanichelli, 2017, 266 ss.; di diverso avviso, F.E. Rizzi, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, 71 ss., secondo cui la norma integra una violazione del c.d. divieto di *gold plating*, in quanto l'onere di motivazione circa la scelta dell'*in house* determina un livello di regolazione maggiore o più incisivo rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni della direttiva n. 2014/24/UE. Cfr., per un approfondimento relativo al c.d. divieto di *gold plating*, P. Mantini, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, relazione tenuta al convegno “Le nuove direttive appalti e il loro recepimento”, organizzato dall'Università Bocconi in collaborazione con Ance Milano, Lodi, Monza e Brianza Igi, Milano, 14 maggio 2015. In tal senso, in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1034; Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554. Più in generale, in argomento cfr. G. Veltri, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436.

(19) Corte Cost., 20 marzo 2013, n. 46.

(20) Corte giust., Sez. IX, ord. 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, *Rieco spa*, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, Sezione V, con ord. 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, nn. 293 e 296.