

La Corte costituzionale ha escluso il vizio di eccesso di delega e la violazione del divieto di *gold plating* – considerato principio di estrazione non unionale – nella previsione, contenuta nell'art. 192, comma 2, Codice dei contratti pubblici, circa l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato nell'ambito degli affidamenti *in house*.

Il rispetto dei principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza, la discrezionalità legislativa, il quadro normativo eurounitario e la continuità con la legislazione nazionale precedente, le direttrici entro le quali la Corte è giunta alla conclusione della necessità della motivazione per scelte che hanno effetti sul mercato delle pubbliche commesse.

Corte costituzionale, sentenza 27 maggio 2020, n. 100 – Pres. Cartabia, Red. Coraggio

Contratti pubblici – Affidamento *in house* – Obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato – Questione infondata di costituzionalità

E' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) sollevata per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lettere a) ed eee) della legge di delegazione n. 11 del 2016 (recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014) (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale - all'esito del giudizio incidentale promosso dal T.a.r. per la Liguria con ordinanza 15 novembre 2018, n. 886 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 197 e oggetto della News US in data 29 novembre 2018) per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1, lettere a) ed eee) della legge n. 11 del 2016 (recante deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014) - ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 192 del d. lgs. n. 50 del 2016.

La Corte costituzionale ha affermato che:

- a) deve essere escluso che il divieto di *gold plating*, che nel caso di specie peraltro non risulta essere violato, costituisca principio di estrazione eurounitaria;
- b) l'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016, legittimamente risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non è dunque in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016.

II. – La vicenda contenziosa nella quale l'incidente di costituzionalità si è innestato riguarda la domanda di annullamento proposta dinanzi al T.a.r. da parte di un'impresa, gestore

uscente del servizio di parcheggio a pagamento nel Comune di Alassio, la quale ha lamentato l'illegittimità della deliberazione della giunta comunale con cui veniva disposto l'affidamento del servizio *in house* (in favore di una società partecipata interamente dal Comune stesso).

A sostegno del gravame ha dedotto la violazione dell'articolo 106 del TFUE e dei principi comunitari in materia di *in house providing*, lamentando, 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, comma 2, del codice, oltre al vizio di eccesso di potere per sviamento.

III. – Il percorso argomentativo della Corte costituzionale può essere sintetizzato come segue:

- c) sul versante dell'asserita violazione del divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:
 - c1) tale regola è imposta dal criterio direttivo della legge delega n. 11 del 2016 (art. 1, comma 1, lett. a), 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 (salvo che per le norme direttamente applicabili)”*;
 - c2) il termine *gold plating*, tuttavia, compare nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010, che reca delle riflessioni e delle proposte per il raggiungimento dell'obiettivo di una legiferazione *“intelligente”*, comunitaria e degli Stati membri, in grado di ridurre gli oneri amministrativi a carico dei cittadini e delle imprese;
 - c3) tra le iniziative che la Commissione ha adottato per migliorare la qualità della legislazione vigente vi è quella di richiedere *“una relazione sulle migliori pratiche negli Stati membri per un'attuazione meno onerosa della legislazione UE”*, contestualmente impegnandosi ad approfondire *“l'analisi del fenomeno delle «regole aggiuntive» (il cosiddetto «gold plating»)”*;
 - c4) nella comunicazione si precisa che *“[i]l 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”*;
 - c5) nel nostro ordinamento il divieto di *gold plating* è stato introdotto dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, a mente del quale debbano intendersi livelli di regolazione superiori a quelli minimi

richiesti dalle direttive comunitarie: 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;

- c6) da tali disposizioni emerge con chiarezza che la *ratio* del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 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, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato;
- c7) la rilevanza di questa finalità è riconosciuta: I) dall'Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 (in *Merito extra*, n. 2016.715.1), relativo allo schema di decreto legislativo del nuovo Codice dei contratti pubblici, in cui si osserva che *“il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive» va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione degli «oneri non necessari»”*; II) dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, che, proprio con riferimento all'art. 192 d. lgs. n. 50 del 2016, ha 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, paragrafo 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 di giustizia, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, *Rieco spa*, oggetto della News US in data 20 marzo 2020, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138, oggetto della News US n. 11 del 16 gennaio 2019 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296, oggetto della News US n. 17 del 29 gennaio 2019; nello stesso senso, Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 ottobre 2019, C-285/18, *Irgita*);
- d) sul versante della logica e della finalità dell'obbligo di motivazione del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016:
- d1) detto obbligo: I) risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non è dunque

in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1 comma 1, lettera *a*), della legge delega n. 11 del 2016; II) non viola l'art. 1, comma 1, lettera *eee*), della medesima legge delega, che impone 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, 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”*;

- d2) il criterio direttivo della legge delega trova il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza – che, in quanto principio fondamentale dell'azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 1 n. 241 del 1990), non richiede una conferma nelle normative di settore – quanto nel suo essere riferito, in particolare, agli affidamenti diretti, segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante: è dunque alla luce di ciò che occorre valutare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato;
- d3) la valutazione, peraltro, va fatta anche alla luce della costante giurisprudenza costituzionale, che riconosce al legislatore delegato margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo specie quando la delega riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi (a maggior ragione allorché, come nel caso di specie, si è in presenza di un *“codice”*, che, come è tipico di tale corpo normativo nell'ambito amministrativo, nell'adeguare la normativa nazionale alle direttive europee, si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo);
- d4) la norma delegata costituisce la risposta all'abuso dell'affidamento diretto da parte delle amministrazioni ed è espressione di una linea restrittiva, del ricorso all'affidamento diretto costante nel nostro ordinamento;
- d5) in tal senso occorre richiamare: l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008 e poi abrogato a seguito di referendum, il quale 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”*; II) l'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n.

221 del 2012 secondo cui è necessario indicare le “ragioni” che hanno indotto l’amministrazione a ricorrere all’*in house* invece di rivolgersi al mercato; III) l’art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo di riforma dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, 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”; IV) infine, l’art. 5, comma 1, del d. lgs. n. 175 del 2016, 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”;

- d6) è stato già in passato osservato (Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, 2011, I, 1332, con nota di MENZELLA; *Urbanistica e appalti*, 2011, 48 (m), con nota di MUSOLINO; *Ambiente*, 2011, 445, con nota di DI DIO; *Giornale dir. amm.*, 2011, 484, con nota di CUOCOLO; *Corriere giur.*, 2011, 770, con nota di AIELLO; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2011, 177, con nota di PICCIN; *Riv. giur. ambiente*, 2011, 258, con nota di CASTOLDI; *Giur. cost.*, 2010, 4501, con nota di LUCARELLI, SABBIONI; *Giur. it.*, 2011, 1768, con nota di SPUNTARELLI; *Regioni*, 2011, 1175, con nota di CARANTA; nello stesso senso, Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, in *Giur. cost.*, 2013, 759, con nota di COLASANTE; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2013, 484, con nota di COCCO; *Giur. it.*, 2013, 2659, con nota di SCOCA; *Giur. cost.*, 2013, 2397, con nota di FURNO; *Regioni*, 2013, 784, con nota di IMMORDINO), che: I) “[s]iffatte ulteriori condizioni [...] si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell’affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica”; II) “ciò comporta, evidentemente, un’applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano”; III) “tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone 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”; IV) “È [...] innegabile l’esistenza di un

«margine di apprezzamento» del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza «nel» mercato e «per» il mercato»;

- d7) conclusivamente, la specificazione introdotta dal legislatore delegato con l'art. 192, comma 2 d. lgs. n. 50 del 2016, volta a motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato, 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.

IV. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- e) sulla possibile estensione della delega legislativa, e sui limiti di esercizio della delega da parte del Governo, ai sensi dell'art. 76 Cost.:

- e1) Corte cost., 11 maggio 2017, n. 104 (in *Foro it.*, 2017, I, 2540, con nota di G. PASCUZZI; *Giur. cost.*, 2017, 1063, con note di G. SERGES e di G. TARLI BARBIERI, nonché oggetto della News US in data 16 maggio 2017, cui si rinvia per ulteriori indicazioni in tema), in cui si è affermato che *“il legislatore delegante, nel conferire al Governo l'esercizio di una porzione di funzione legislativa, è tenuto a circoscriverne adeguatamente l'ambito, predeterminandone i limiti di oggetto e di contenuto, oltre che di tempo. Di conseguenza la legge delega non deve contenere enunciazioni troppo generali o comunque inidonee ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato, ma può essere abbastanza ampia da preservare un margine di discrezionalità al Governo, sì da poter agevolmente svolgere la propria attività di 'riempimento' normativo”*. Più in generale, preme qui ricordare che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la verifica di costituzionalità per eccesso di delega legislativa deve compiersi sulla base di *“un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, da svolgere tenendo conto del complessivo contesto in cui esse si collocano ed individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della stessa; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della delega”*: al riguardo, al legislatore delegato spettano margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, sempre che ne sia rispettata la *ratio* e che l'attività del delegato si inserisca in modo coerente nel complessivo quadro normativo di riferimento, dovendosi escludere che l'art. 76 Cost. riduca la funzione del legislatore delegato ad una mera *“scansione linguistica”* delle previsioni stabilite dal legislatore delegante, e

fermo comunque restando che l'ambito della discrezionalità lasciata al delegato muta a seconda della specificità dei criteri fissati nella legge delega (così, da ultimo, Corte cost., sentenza n. 10 del 2018, in *Foro it.*, 2018, I, 1119, ed in *Giur. cost.*, 2018, 137, con nota di G. TARLI BARBIERI, nonché oggetto della News US in data 31 gennaio 2018, cui si rimanda per gli opportuni approfondimenti in tema e Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, in *Foro it.*, 2015, I, 3006);

- e2) Corte cost., 25 novembre 2016, n. 250 (in *Foro it.*, 2017, I, 59), secondo cui *“Nel caso di delega per l’attuazione di una direttiva comunitaria, i principî che quest’ultima esprime si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto”*;
- e3) Corte cost., 23 marzo 2016, n. 59 (in *Foro it.* 2016, I, 1526), secondo cui *“quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l’obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza”*;
- e4) Corte cost., 5 giugno 2015, n. 98 (in *Foro it.*, 2015, I, 2623), secondo cui *“La delega legislativa, in altri termini, non esclude qualsiasi discrezionalità del legislatore delegato, destinata a risultare più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati dalla legge di delega: sicché la valutazione dell’eccesso, o del difetto, nell’esercizio della delega, va compiuta in rapporto proprio alla ratio della delega medesima, onde stabilire se la norma delegata sia coerente (sentenza n. 119 del 2013, in *Lavoro e prev. oggi*, 2013, 279, con nota di GASPARI; *Informazione prev.*, 2013, 3, 57, con nota di LAGANÀ) o compatibile con quella delegante”*;
- e5) Corte cost., 6 ottobre 2014, n. 229 (in *Foro it.*, 2015, I, 3006), secondo cui *“I principî posti dal legislatore delegante costituiscono, poi, non soltanto base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l’interpretazione della loro portata; e tali disposizioni devono essere lette, finché sia possibile, nel significato compatibile con tali principî, i quali a loro volta vanno interpretati alla luce della ratio della legge delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente”*;
- e6) Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162 (in *Foro it.*, 2013, I, 1816), secondo cui *“In riferimento alle deleghe per il riordino o il riassetto di settori normativi [...] questa corte ha sempre inquadrato in limiti rigorosi l’esercizio, da parte del legislatore delegato, di poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l’operazione di riordino o riassetto. La corte ha sempre rimarcato che, a proposito di deleghe che abbiano ad oggetto la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, «l’introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente è (...) ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti*

principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato», giacché quest'ultimo non può innovare «al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge delega» (sentenza n. 293 del 2010, cit.), specificando che «per valutare se il legislatore abbia ecceduto [i] — più o meno ampi — margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega» [...]. Questi principi, [...] impongono, nel caso di deleghe per il riordino o il riassetto normativo, un'interpretazione restrittiva dei poteri innovativi del legislatore delegato, da intendersi in ogni caso strettamente orientati e funzionali alle finalità esplicitate dalla legge di delega”;

f) *l'in house providing* (di cui al 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE ed all'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2014/23/UE) costituisce una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, affermato anche dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo nella sentenza *Stadt Halle* al punto n. 48 (Corte di giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Foro it.*, 2005, IV, 136, con nota di R. URSI; *Giur. comm.*, 2007, II, 60, con nota di R. OCCHILUPO; *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271, con nota di C. GUCCIONE; *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, con nota di R. DE NICTOLIS; *Nuovo dir.*, 2005, 351, con nota di IERA; *Contratti Stato enti pubbl.*, 2005, 231, con nota di ASTEGIANO; in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2005, 665, con nota di E. SCOTTI; *Dir. comm. internaz.*, 2005, 167, con nota di FERRANDO; *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 992, con nota di V. FERRARO; *Guida al dir.*, 2005, 4, 101, con nota di SCINO; *Dir. e giustizia*, 2005, 5, 93, con nota di M. ALESIO; *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 453, con nota di F. ROSSI; *Rass. avv. Stato*, 2004, 1100, con nota di MORICCA); coerentemente con questi principi, l'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE “*esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione, cioè dalla necessità di una previa procedura ad evidenza pubblica, gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, quando siano soddisfatte le tre condizioni proprie dell'in house*” (condizioni che, riepilogativamente, sono le seguenti:

- f1) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- f2) 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;
- f3) 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);

g) sulla normativa diretta a favorire l'assetto concorrenziale:

- g1) Corte di giustizia UE, sezione IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19, *Rieco s.p.a.*, cit., la quale ha escluso che le norme del codice dei contratti pubblici (art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) e del testo unico sulle società partecipate (art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016), laddove individuano i requisiti per l'affidamento diretto in favore delle società *in house* pluripartecipate (sottoposte, cioè, al c.d. controllo "analogo" congiunto), siano in contrasto con le norme di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, le quali riconoscono la libertà degli Stati membri di organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione;
- g2) Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit., secondo cui; I) *"il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto in house, la sussistenza delle suddette tre condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni: a) una previa «pubblicità adeguata» e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'«analisi di mercato», con successiva trasmissione di una «relazione» dall'ente affidante alle autorità di settore [...] per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante [...]; b) la sussistenza di «situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» [...], ovvero 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»; II) «siffatte ulteriori condizioni, sulle quali si appuntano particolarmente le censure delle ricorrenti, si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica. Ciò comporta, evidentemente, un'applicazione più estesa di detta regola comunitaria, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano»; II) «Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta — e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del 1° comma dell'art. 117 Cost., [...], ma neppure si pone 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»; III) «È infatti*

innegabile l'esistenza di un «margine di apprezzamento» del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza «nel» mercato e «per» il mercato»; IV) "Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali — come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici — di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario";

h) sul rapporto regola-eccezione fra affidamento a terzi e affidamento *in house*:

h1) Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, cit., la quale ha chiarito che *"Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti [la gestione in house] ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto (capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo";*

h2) sulla *"non eccezionalità"* del ricorso al modello dell'*in house* cfr.:

- Cons. Stato, sez. III, sentenza 24 ottobre 2017, n. 4902 (in *Gazzetta forense*, 2017, 1030) che ha ribadito la più recente giurisprudenza del medesimo consesso, ricordando che stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 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, comma 8 del predetto d.l. n. 238 del 2011"* (così Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2013, 328, con nota di PIEROBON);
- Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554 (in *Guida al dir.*, 2017, 34, 62, con nota di PONTE; *Giur. comm.*, 2018, II, 625, con nota di CODAZZI), ha richiamato, in senso rafforzativo, la chiara dizione del 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”;

- Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257 (in *Foro amm.*, 2015, 76), ha non solo 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, sfugga al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta;

i) sulla motivazione del mancato ricorso al mercato: la giurisprudenza amministrativa si mostra, sul tema, al momento piuttosto rigorosa:

- i1) cfr., Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456 (in *Foro amm.*, 2019, 1920), la quale – pronunciando sulla legittimità di un affidamento diretto, *in house*, del servizio di gestione dei rifiuti per un gruppo di Comuni ricompresi in un'Assemblea territoriale d'ambito – ha ritenuto che tale onere motivazionale debba essere adempiuto mediante un *“compiuto esame comparativo”*, da parte dell'amministrazione, sui costi medi del servizio da affidarsi e sulle relative *performances* che, nel medesimo ambito territoriale, risultino già svolti sia da operatori privati sia da altre società ad integrale partecipazione pubblica, statuendosi per l'effetto che *“è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene svolto”*, con necessaria allegazione di *“dati di dettaglio”* (nella fattispecie, posto che simili dati non erano stati forniti, si è quindi concluso nel senso di *“un approfondimento insufficiente delle implicazioni derivanti dalla scelta del modello di gestione in house del servizio relativo ai rifiuti”*, con conseguente annullamento, *in parte qua*, della delibera che aveva affidato il servizio in via diretta);
- i2) in altra occasione, il Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, con parere 29 marzo 2017, n. 774 (in *Foro amm.*, 2017, 610) in relazione allo schema del regolamento di attuazione degli interventi di cui all'articolo 1, commi 648 e 649, della legge n. 208 del 2015 (si tratta dello schema poi confluito nei dd.mm. nn. 125 e 126 del 2017, in tema di contributi per il decongestionamento della rete viaria e del trasporto marittimo e per i servizi di trasporto ferroviario intermodale) – ha affermato che l'affidamento ad una società *in house*, in via diretta, di molteplici attività di gestione (per come previsto all'art. 4 dello schema) non era assistito da un'adeguata motivazione, ricordando che, *“ai sensi della vincolante disciplina*

sovranaZIONALE, l'affidamento diretto di attività remunerate, da parte di pubbliche amministrazioni in favore di soggetti privati in house, non può giustificarsi solo in forza di una valutazione giuridico-formale, ma deve anche essere sorretto dalla dimostrazione della ragionevolezza economica della scelta compiuta", con espresso richiamo proprio alla norma di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016;

i3) analogamente, Cons. Stato, comm. spec., parere 21 aprile 2016, n. 968 (in *Merito extra*, n. 2016.709.), reso in sede di analisi dello schema di decreto legislativo recante *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, poi confluito nel d.lgs. n. 175 del 2016, ha affermato che *"L'opzione di fondo, secondo il Collegio, dovrebbe essere nel senso che, fermo restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini. La mancanza di una libera decisione da parte dell'amministrazione pubblica è maggiormente coerente con il principio generale di tutela della concorrenza..."*;

i4) alcune oscillazioni, circa la maggiore o minore intensità dell'onere di motivazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, si rinvencono nella giurisprudenza di primo grado:

– T.a.r. per la Lombardia, sez. III, sentenza 3 ottobre 2016, n. 1781 (in *Foro amm.*, 2016, 2453), ha annullato un affidamento *in house* (si trattava dell'affidamento del servizio idrico integrato per la Provincia di Varese) proprio per la *"laconicità"* della motivazione spesa dall'amministrazione: si è rilevato che la relazione all'uopo predisposta *ex art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012*, *"non contiene alcuna valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante sui profili della convenienza, anche non solo economica, della gestione prescelta, limitandosi ad apodittici riferimenti alla gestione in house che, come tali, sono da ritenersi privi di quel livello di concreta pregnanza richiesto per soddisfare l'onere di motivazione aggravato e di istruttoria ai sensi del combinato disposto degli art. 3 l. n. 241 del 1990 e 34, comma 20, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179. In altri termini nella relazione si dà per presupposta e scontata la scelta circa la forma di gestione del servizio senza che ne vengano illustrate le ragioni e gli elementi concreti su cui si fonda"*, giungendosi pertanto alla conclusione che *"la scelta e il conseguente affidamento diretto fondati su determinazioni che non forniscono alcuna ragione dell'opzione esercitata a monte, sono da ritenersi di per sé illegittimi..."*);

– con riferimento ad una commessa relativa all'affidamento del servizio di igiene urbana, T.a.r. per la Sardegna, sez. I, 4 maggio 2018, n. 405 (in *Foro*

amm., 2018, 923), ha ritenuto che, in simile fattispecie, non sarebbe in radice applicabile l'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente non necessità della motivazione in caso di affidamento *in house*, *“ove si tenga conto del fatto che il servizio di igiene urbana non è riconducibile alla categoria dei servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza; e ciò per la semplice ragione che l'art. 198 del d.lgs. n. 152/2006 (norme in materia ambientale) riserva ai comuni «in regime di privativa» la «gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento», sottraendolo, pertanto, al mercato concorrenziale”*;

- per un caso in cui il giudice amministrativo ha ritenuto *“esaurientemente e convincentemente motivata, tanto nei suoi profili in fatto quanto in quelli in diritto”*, la delibera con cui un'Azienda sanitaria aveva affidato il servizio di pulizia e sanificazione in favore di una propria società *in house*, cfr. T.a.r. per la Puglia, sez. st. Lecce, sez. II, 5 marzo 2018, n. 383;

- i5) per la riaffermazione degli approdi cui era giunta, in precedenza, la giurisprudenza amministrativa in tema di motivazione sull'affidamento *in house*, e sui relativi limiti del sindacato del giudice amministrativo – quindi pur sempre in applicazione del nuovo art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 – T.a.r. per l'Abruzzo – Pescara, sentenza 29 gennaio 2018, n. 35, secondo cui *“la scelta, espressa da un ente locale, nella specie da un Comune, nel senso di rendere un dato servizio alla cittadinanza con una certa modalità organizzativa piuttosto di un'altra, ovvero in questo caso di ricorrere allo *in house* e non esternalizzare, è ampiamente discrezionale, e quindi, secondo giurisprudenza assolutamente costante e pacifica, è sindacabile nella presente sede giurisdizionale nei soli casi di illogicità manifesta ovvero di altrettanto manifesto travisamento dei fatti”*;
- i6) sempre in occasione della applicazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, T.a.r. per la Lombardia, sezione IV, 22 marzo 2017, n. 694 (in *Foro amm.*, 2017, 697) ha affermato che detta norma, nell'onere le stazioni appaltanti di effettuare una preventiva valutazione economica della congruità dell'offerta dei soggetti *in house*, tuttavia non impone alcuna gara, neppure informale, fra operatori del mercato: pertanto la valutazione delle congruità delle offerte dei soggetti *in house* prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici non può essere confusa con una sorta di gara, alla quale l'ente affidante dovrebbe invitare le imprese del settore, fra le quali il gestore uscente del servizio (così);
- j) sulla scelta del modulo gestionale da parte degli enti locali:

- j1) T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. II, 28 gennaio 2014, n. 105, secondo cui:
- I) *“gli Enti locali possono oggi discrezionalmente scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall’ordinamento comunitario (gara per l’individuazione del gestore, selezione del socio di una Società mista, affidamento diretto in house)”*; II) *“in definitiva, si profila un’accentuata autonomia degli Enti locali nella direzione da intraprendere, in quanto l’ordinamento non aderisce a priori ad un’opzione organizzativa ma delinea un percorso di adeguatezza alle condizioni esistenti (al tipo di servizio, alla remuneratività della gestione, all’organizzazione del mercato, alle condizioni delle infrastrutture e delle reti, e soprattutto all’interesse della platea degli utenti)”*; III) *“la scelta tra i differenti modelli va effettuata tenendo conto della concreta situazione di fatto, nel rispetto dei criteri generali introdotti all’art. 34 comma 20 del d.l. 179/2012, ossia: la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e l’adeguata informazione alla collettività di riferimento”*; IV) *“detti obiettivi devono essere necessariamente correlati al preminente interesse dell’utente a godere del miglior servizio possibile alle condizioni più convenienti”*;
- k) sulla rilevanza della relazione di cui all’art. 34 d.l. n. 179 del 2012: T.a.r. per il Lazio, sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4742, secondo cui:
- k1) *la dizione letterale dell’art. 34 “si riferisce non solo all’affidamento «diretto», ma ugualmente alla decisione di scegliere il contraente mediante gara, ciò che, tecnicamente, a sua volta costituisce un «affidamento» del servizio, come reso chiaro dal testo del d.lgs. n. 50 del 2016”*;
 - k2) *“la relazione è finalizzata a garantire, oltre che il rispetto della disciplina europea, la economicità della gestione e la sua vocazione a soddisfare gli obblighi, in tema di erogazione della prestazione, che sono connaturati alla natura pubblica di esso. Del resto, è scelta discrezionale quella di concedere compensazioni economiche all’operatore scelto per gara, al fine di imporgli l’osservanza di tali obblighi, ovvero di gestire direttamente il servizio, strutturandolo su moduli che, anche grazie al risparmio ottenuto sulle compensazioni economiche, possa ben equilibrare economicità e vocazione solidaristica del servizio pubblico”*;
 - k3) *“ciò che più conta, è il canone dell’interpretazione costituzionalmente conforme ad imporre l’esegesi della disposizione appena sposata”: “ove, infatti, l’art. 34 dovesse essere letto nel senso propugnato dalle parti resistenti, ovvero di esonerare l’amministrazione dall’obbligo di motivare in caso di affidamento mediante gara, dovrebbe ritenersi che con ciò il legislatore abbia espresso una tendenziale preferenza a favore di quest’ultimo modulo, posto che la relazione sarebbe necessaria soltanto per potervi derogare. Un tale approdo, in linea astratta non precluso alla legge statale sul piano del riparto delle competenze costituzionali (Corte costituzionale, sentenza n. 320 del 2010, cit.), è tuttavia impedito in concreto dalle vicende*

istituzionali che hanno condotto all'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del dl n. 112 del 2008";

- k4) *"il diritto dell'Unione resta del tutto indifferente alla valutazione iniziale in ordine alla natura dell'affidamento da praticare";*
 - k5) *"che, poi, la Corte di giustizia in causa 91/19, cit., abbia escluso che il diritto unionista precluda allo Stato membro di favorire la gara rispetto all'in house non significa ovviamente il contrario, ovvero che esso esprima un'opzione di favore per la prima di tali soluzioni, rispetto alla seconda";*
 - k6) *"l'art. 34 del dl n. 179 del 2012, al pari dell'art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016, sono perciò prescrizioni di diritto nazionale sottratte ad un'interpretazione comunitariamente orientata, attesa la tendenziale indifferenza del diritto UE per l'argomento che trattano, e che l'operatore giuridico è tenuto a maneggiare sulla base degli elementi che trae dal proprio ordinamento, anche a livello costituzionale";*
 - k7) *"nella materia dell'affidamento dei servizi pubblici locali con rilevanza economica, dunque, la relazione di cui all'art. 34 funge da adempimento indispensabile per l'amministrazione, allo scopo di optare tra l'affidamento diretto e la gara, sicché è viziata quest'ultima procedura, ove non sia preceduta dal documento con cui si dà conto della scelta";*
- l) sul divieto di gold plating:
- 11) Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, 13 settembre 2018, n. 759/18 (in *Foro amm.*, 2018, 1472), secondo cui *"In tema di schema di decreto del presidente della repubblica concernente il regolamento di esecuzione del reg. (Ue) n. 517/2014 sui gas fluorurati a effetto serra e che abroga il reg. (Ce) n. 842/2006, il c.d. divieto di gold plating, per quanto testualmente previsto con riferimento al recepimento delle direttive comunitarie in realtà ormai deve essere considerato quale principio di portata generale, in relazione anche al principio di proporzionalità";*
 - 12) Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, 15 dicembre 2016, n. 2050/16 (in *Foro amm.*, 2016, 2962), secondo cui I) *"In tema di schema di decreto recante la disciplina attuativa della normativa sui controlli degli strumenti di misura in servizio e sulla vigilanza sugli strumenti di misura conformi alla normativa nazionale e europea, [...] si evidenzia che [...] sarebbe utile procedere, nel limite del possibile, nel senso dell'omogeneizzazione delle prescrizioni; II) ciò "avuto riguardo, in particolare, alla normativa europea, nel rispetto dei principi generali della semplificazione e, quindi, della non duplicazione dei controlli, nonché del divieto di gold plating"; III) tale principio è inteso quale "divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla normativa europea" e "comporta la revisione della disciplina*

nazionale al fine di eliminare le regole più restrittive rispetto a quelle europee, non giustificate dalla tutela di interessi pubblici”;

m) sull'obbligo di motivazione in generale: Corte cost., 5 novembre 2010, n. 310 (in *Foro it.* 2011, I, 16), secondo cui:

m1) *“l’art. 3, 1° comma, l. n. 241 del 1990 (e successive modificazioni) [...] sancisce ed estende il principio, di origine giurisprudenziale, che in epoca anteriore all’entrata in vigore della l. n. 241 del 1990 aveva già affermato la necessità della motivazione, con particolare riguardo al contenuto degli atti amministrativi discrezionali, nonché al loro grado di lesività rispetto alle situazioni giuridiche dei privati, individuando nella insufficienza o mancanza della motivazione stessa una figura sintomatica di eccesso di potere”;*

m2) *“L’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell’azione amministrativa”; III) detto obbligo “è radicato negli art. 97 e 113 Cost., in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principî di buon andamento e d’imparzialità dell’amministrazione e, dall’altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale”;*

n) in dottrina:

n1) sul fenomeno delle “esternalizzazioni”: L. DE RENTIIS, *I controlli in tema di società a partecipazione pubblica*, in V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, 2020, 646 ss., laddove è evidenziato, con richiami giurisprudenziali, che “il fenomeno delle esternalizzazioni è riconducibile alla materia della contabilità pubblica in quanto l’utilizzo dello strumento societario per la gestione di risorse pubbliche al fine di realizzare attività di competenza o i interesse dell’ente incide direttamente sia sull’allocazione delle risorse finanziarie della collettività (e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici), sia sulla composizione del patrimonio pubblico, anche in relazione alle sue modalità di utilizzo e gestione”;

n2) in dottrina, circa l’ambito di applicazione dell’art. 192 del d.lgs. n. 50 del 2016 e la sua conformità ai criteri della legge di delegazione, cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 266 ss.; nel senso che la norma del codice costituisca 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. anche F.E. RIZZI, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, 71 ss.; in argomento, più in generale, cfr. anche: G. VELTRI, *Il nuovo codice dei contratti*

pubblici - L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436;

- n3) sul divieto di *gold plating*: L. GANDOLFI, *La disciplina comunitaria: la mifid e le relative misure di esecuzione. Le fonti comunitarie e i limiti al gold plating*, in *Corriere giur.*, 2008, 4, 570; N. LUPO, G. PERNICIARO, *Verso una better regulation nella attuazione delle direttive UE?*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 8-9, 828; P. COSMAI, *L'efficienza della pa passa per la mappatura e la semplificazione delle procedure*, in *Azienditalia*, 2015, 5, 413; S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni. Un bilancio*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 21.