

## Le principali novità in tema di affidamento *in house*

di Paolo Provenzano

**Sommario:** 1. Premessa - 2. I dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal T.A.R. Liguria con riferimento al comma 2 dell'art. 192 del D.Lgs. 50/2016 - 3. Le questioni sollevate in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dalla V sezione del Consiglio di Stato. 4. Brevi osservazioni

### 1. Premessa.

Successivamente al "correttivo" nessuna ulteriore novità normativa è intervenuta con riferimento alla disciplina relativa agli affidamenti *in house*. Disciplina, che, com'è ampiamente noto, rappresenta essa stessa una novità normativa, non essendovi, prima delle direttive del 2014 e della loro trasposizione, alcuna previsione che disciplinasse (né a livello nazionale, né a livello comunitario) siffatto istituto d'origine pretoria.

Pur in assenza di novità normative, pare comunque necessario segnalare due "iniziative" giurisprudenziali che potrebbero (ma il condizionale è d'obbligo) incidere sulla disciplina che si rinviene negli articoli 5 e 192 del Codice dei contratti pubblici del 2016.

Si tratta, in particolare, di un'ordinanza con cui il T.A.R. Liguria ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del comma 2 del citato art. 192 e di tre rinvii pregiudiziali (di identico tenore) formulati dalla quinta Sezione del Consiglio di Stato.

### 2- I dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal T.A.R. Liguria con riferimento al comma 2 dell'art. 192 del D.Lgs. 50/2016

Come noto, l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici stabilisce, al comma 2, che qualora intendano procedere all'affidamento diretto di un "*contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*", le amministrazioni aggiudicatrici sino previamente tenute a operare una "*valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house*".

Detta norma stabilisce, altresì, che in consimili evenienze le amministrazioni aggiudicatrici, "*avuto riguardo all'oggetto e al valore della commessa*", debbano dare "*conto nella motivazione del provvedimento di affidamento*", da un lato (e in negativo), "*delle ragioni del mancato ricorso al mercato*", dall'altro (e in positivo), "*dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

Dunque, il Legislatore del 2016, muovendo dal presupposto che l'affidamento *in house* rappresenti una deroga alla regola generale dell'evidenza pubblica, ha imposto in capo alle amministrazioni l'onere di palesare, in caso di affidamento diretto, le ragioni che giustificano tale deviazione dal modello ordinario di affidamento tramite gara.

Il citato comma 2 dell'art. 192 impone, quindi, per utilizzare le medesime parole del Consiglio di Stato, *"un onere motivazionale rafforzato, che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche"* (Cons. Stato, comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855, in *l'amministrativista.it*).

La legittimità costituzionale di detta previsione è posta in dubbio dal T.A.R. Liguria con la prima delle pronunce che merita in questa sede di essere segnalata.

Con ordinanza n. 886 dello scorso 15 novembre il T.A.R. Liguria ha, infatti, ritenuto *"rilevante e non manifestamente infondata la questione legittimità costituzionale dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house "delle ragioni del mancato ricorso al mercato""*.

Segnatamente, secondo il Giudice *a quo*, tramite l'introduzione di detto onere motivazionale rafforzato il Legislatore delegato avrebbe violato l'art. 76 Cost. perché avrebbe *"palesamente ecceduto rispetto ai principi ed ai criteri direttivi contenuti nella legge di delega 28.1.2016, 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)"*.

Come si legge nell'ordinanza in commento, due sarebbero i criteri direttivi contenuti nella suddetta legge delega che il Legislatore delegato avrebbe disatteso introducendo l'obbligo di specificare le *"ragioni del mancato ricorso al mercato"*.

Anzitutto, l'introduzione di siffatta motivazione rafforzata si porrebbe **in violazione del criterio direttivo di cui alla lettera a) dell'art. 1 della legge delega**. Il quale, come noto, poneva il c.d. **divieto di gold platig**, ossia il divieto di introdurre nel nuovo codice livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive in corso di trasposizione.

In base a tale criterio direttivo, dunque, era preclusa in radice al Legislatore delegato la possibilità di introdurre meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive del 2014.

Secondo il T.A.R. Liguria, la semplice circostanza che un siffatto onere di motivazione non fosse previsto dalle pertinenti disposizioni della direttiva n. 2014/24 basta di per sé per ritenere che,

tramite la sua introduzione, il Legislatore delegato abbia frontalmente disatteso il suddetto principio direttivo.

Ma a dire del T.A.R. Liguria il Legislatore delegato, ponendo in capo alle amministrazioni l'obbligo di specificare le ragioni che giustificano l'affidamento *in house* e, correlativamente, quelle per cui si è ritenuto di non ricorrere al mercato, avrebbe anche (e prima ancora) violato lo stesso criterio direttivo di cui alla lettera eee) dell'art. 1 della Legge n. 11/2016 e cioè il criterio direttivo da cui direttamente scaturisce il richiamato art. 192.

La citata lettera eee) dell'art. 1 della Legge delega, infatti, non contemplava siffatta motivazione rafforzata, limitandosi, di contro, a imporre al Legislatore delegato di prevedere, oltre all'introduzione dell'elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house*, che le Amministrazioni fossero tenute ad operare, anche nei casi di affidamenti diretti, una valutazione sulla "congruità economica delle offerte" e, quindi, come specificato nell'ordinanza in parola, una valutazione sulla "loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti".

Il citato criterio direttivo, dunque, non prevedeva l'imposizione in capo alle amministrazioni dell'obbligo di specificare le ragioni che, nel singolo caso concreto, giustificano il mancato ricorso al mercato.

Da qui la ritenuta incompatibilità della richiamata disciplina anche con siffatto ulteriore criterio direttivo.

### **3. Le questioni sollevate in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dalla V sezione del Consiglio di Stato.**

Più recentemente la disciplina nazionale in materia di affidamenti *in house* è stata, come si diceva, oggetto anche di tre rinvii pregiudiziali operati dalla quinta Sezione del Consiglio di Stato tramite tre ordinanze d'identico tenore. Si tratta dell'ordinanza n. 138 del 7 gennaio 2019 e delle ordinanze n. 296 e 293 del successivo 14 gennaio.

Mediante tali ordinanze "gemelle" la quinta Sezione ha, in particolare, formulato alla Corte di giustizia due quesiti interpretativi.

Il primo di detti quesiti ha ad oggetto il medesimo obbligo di motivazione rafforzata della cui legittimità costituzionale, come si è visto, dubita, sia pur per altre ragioni, il T.A.R. Liguria.

La quinta Sezione, in particolare, muovendo dal presupposto che le Direttive del 2014 riconoscono, in capo alle amministrazioni, la libertà di optare tra le varie modalità di affidamento previste per quella che risulta maggiormente confacente alle proprie esigenze (si veda l'art. 2 della Direttiva 24/2014 rubricato '*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*'), ed evidenziando che le stesse Direttive non impongono agli Stati membri di "*affidare a terzi o (...) esternalizzare la*

*prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici”* (si veda il considerando 5 della Direttiva n. 23/2014), rileva che tali principi generali paiono mal si conciliarsi con le richiamate previsioni del comma 2 dell’art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016. Previsioni che, per quanto detto, finiscono per certi versi per attribuire all’affidamento *in house* “*un ruolo giuridicamente subordinato*” rispetto alle altre modalità di affidamento contemplate dalle direttive, che, di contro, sembrerebbero essere ad esso equiordinate.

Dunque, seconda la quinta sezione, la circostanza che il comma 2 dell’art. 192 consenta, per come formulato, di ricorrere ad un affidamento *in house* solo a condizione che venga dimostrato che si sia al cospetto di un’ipotesi di “*“fallimento del mercato’ di riferimento*” e a condizione che vengano dimostrati “*gli specifici benefici per la collettività connessi a tale forma di gestione*” finisce irrimediabilmente per conculcare quella libertà di scelta tra i diversi modelli di affidamento riconosciuta dalle richiamate previsioni delle più volte citate Direttive.

Da qui, il primo quesito interpretativo sottoposto al vaglio della Corte di giustizia, a cui si chiede, anzitutto, “*se il diritto dell’Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e i principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell’articolo 192, comma 2, del ‘Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) [che] colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto*”.

Venendo al secondo quesito interpretativo formulato con le tre ordinanze in parola occorre preliminarmente rilevare che esso non ha ad oggetto le disposizione in materia di affidamenti *in house* previste dal D.Lgs. n. 50/2016, bensì le previsioni, contenute nell’art. 4, comma 1, D.lgs. n. 175/2016, che fissano dei limiti alla costituzione e al possesso di partecipazioni in Società *in house*. Detta ultima norma stabilisce, infatti, che “*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non direttamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”.

Si tratta, dunque, di previsione, come rilevato dalla V sezione del Consiglio di Stato, che si pone nel solco di quell’indirizzo legislativo volto a “*ridurre (...) le partecipazioni delle amministrazioni pubbliche in società di capitali*”.

Ora, con riferimento a tale ultima disposizione il Consiglio di Stato, ritenendo che la stessa appaia “*non consentire alle amministrazioni di detenere quote minoritarie di partecipazione in un organismo a controllo congiunto, neppure laddove tali amministrazioni intendano acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti*

*diretti in favore dell'organismo pluripartecipato*”, chiede alla Corte di giustizia se la stessa possa ritenersi compatibile con l'art. 5 della Direttiva 2014/24/UE. Il quale, di contro, pare ammettere tale possibilità

Da quanto detto scaturisce, dunque, che con le tre ordinanze sopra richiamate la Quinta sezione dubita della compatibilità con il diritto UE dei vari limiti previsti, a vario titolo dal nostro legislatore, che si frappongono alla partecipazione pubblica a Società in house (prima) e all'affidamento a queste ultime di specifiche commesse (poi).

#### **4. Brevi osservazioni.**

Non resta a, questo punto, che attendere che la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia si pronuncino sulle questioni che sono state loro sottoposte.

In attesa di tali responsi, pare opportuno sottolineare che, anche nelle parti in cui attengono allo stesso adempimento imposto dall'art. 192, co. 2, del D.Lgs. n. 50/2016, la remissione operata alla Corte Costituzionale dal T.A.R. Liguria e il rinvio pregiudiziale effettuato alla Corte di Giustizia dalla V sezione del Consiglio di Stato sembrano comunque essere tra loro del tutto autonomi.

Infatti, anche nel caso (a parere di chi scrive tutt'altro che remoto) in cui la Corte di giustizia dovesse ritenere compatibile con il Diritto dell'Unione Europea la scelta operata dal Legislatore nazionale di subordinare l'affidamento *in house* ad un onere di motivazione aggravata, ciò non dovrebbe incidere sulla verifica in merito alla compatibilità, o meno, di detto adempimento con il criterio della legge delega che precedeva il c.d. divieto di *gold plating*.

Tramite detto criterio, infatti, si è deciso (a torto o a ragione) di limitare, anche nei casi in cui le direttive lo avrebbero consentito, lo spazio di manovra del Legislatore delegato, imponendo allo stesso di importare rigidamente a livello nazionale i soli adempimenti previsti a livello comunitario.