

L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)

L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)

Michele Trimarchi

1. Da oltre dieci anni il legislatore italiano adotta disposizioni volte a contrastare l'abuso dell'affidamento diretto dei servizi pubblici a mezzo di società *in house* da parte delle amministrazioni nazionali e soprattutto locali.

Con questo obiettivo, l'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, aveva espressamente configurato l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali come una modalità straordinaria di organizzazione e gestione degli stessi, ammissibile solo in presenza 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".

Più di recente, il legislatore ha puntato sull'onere di motivazione dell'affidamento *in house* come strumento di controllo e remora all'utilizzo indiscriminato dell'istituto (art. 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179; l'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175).

2. In questo solco si iscrive la disposizione censurata dal Tar Liguria davanti alla Corte costituzionale nella controversia decisa dal giudice delle leggi con la sentenza n. 100 del 2020: l'art. 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), in base al quale le stazioni appaltanti devono dar conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

Secondo il giudice rimettente (Tar Liguria), tale disposizione violerebbe l'art. 76 della Costituzione, in relazione ai criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 1, lettere a) ed eee), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

L'art. 1, comma 1, lettera a), l. n. 11 del 2016, che pone il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (cosiddetto *gold plating*), sarebbe violato poiché l'onere di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato non è previsto dalle direttive medesime.

Mentre l'art. 1, comma 1, lettera eee), della citata legge delega sarebbe violato poiché esso non comprende, tra gli oneri previsti per gli affidamenti diretti, accanto ad obblighi di pubblicità e trasparenza, quello di specifica motivazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

3. La questione di legittimità così riassunta è stata prospettata dal giudice rimettente sotto l'angolo visuale dell'eccesso di delega; ma, come la Corte costituzionale subito avverte, "ripropone [...] il noto dibattito, particolarmente vivo nella giurisprudenza amministrativa, sulla natura generale o eccezionale dell'affidamento *in house*".

Un dibattito al quale la stessa Corte costituzionale non aveva mancato di fornire un contributo decisivo quando aveva riconosciuto che le condizioni poste dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 imprimevano una stretta nelle condizioni di ammissibilità dell'affidamento *in house* rispetto a quanto imposto dal diritto comunitario, ma aveva concluso che ciò non fosse illegittimo in quanto il diritto europeo assicura un livello minimo e inderogabile di promozione e tutela della concorrenza, che gli Stati ben possono implementare con misure di maggior favore per l'assetto concorrenziale del mercato (sentenza n. 325 del 2010; nello stesso senso, sentenza n. 46 del 2013).

La sentenza in commento, pertanto, è suscettibile di un doppio livello di lettura. Ad una prima considerazione, è una pronuncia relativa alla violazione del criterio di delega che prevede il divieto di *gold plating*. Ad un secondo, e più profondo, livello di lettura, costituisce una nuova presa di posizione da parte del giudice delle leggi sul rapporto tra l'affidamento diretto e quello indiretto e quindi sulle forme di organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali.

4. Quanto alla presunta violazione del divieto di *gold plating*, la Corte costituzionale ricorda ch'esso concerne la "prassi delle autorità nazionali di regolamentare oltre i requisiti imposti dalla legislazione UE, in sede di recepimento o di attuazione in uno Stato membro" (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, dell'8 ottobre 2010).

La sua *ratio* 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”. Ciò considerato, giammai la violazione del divieto di *gold plating* può essere invocata in relazione a una disposizione, come quella censurata, che “si rivolge all’amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato”.

Già il Consiglio di Stato in sede consultiva, del resto, aveva perspicuamente osservato che il divieto di *gold plating* “va rettamete interpretato in una prospettiva di riduzione degli «oneri non necessari», e 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” (Adunanza della commissione speciale del Consiglio di Stato, parere n. 855 del 1° aprile 2016).

5. Quanto alla presunta violazione dell’art. 1, comma 1, lettera eee), la Corte osserva che, in realtà, proprio il criterio di delega contenuto in questa disposizione, in quanto prevede oneri aggiuntivi per l’affidamento diretto (oneri in termini soprattutto di trasparenza), è “segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante”; al contrario di quanto ritenuto dal rimettente, esso pertanto finisce per legittimare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione del mancato ricorso al mercato.

D’altra parte, osserva la Corte, quando, come nel caso di specie, la delega “riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi”, occorre riconoscere al legislatore delegato un più ampio margine di discrezionalità, che gli consenta di tener conto del quadro normativo di riferimento. Relativamente all’affidamento in house, l’orientamento consolidato del legislatore italiano è, come si è già ricordato, nel senso di prevedere una serie di disincentivi all’utilizzo dell’istituto.

Anche per questa ragione, dunque, “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 (tra le tante, sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013)”.

6. La dottrina italiana era stata molto critica nei riguardi della giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 325 del 2010; e n. 46 del 2013) che aveva respinto le questioni di legittimità sollevate contro la scelta del legislatore nazionale di subordinare l’*in house providing* a presupposti più stringenti di quelli previsti dal diritto europeo. È presumibile che analogo sfavore accoglierà la sentenza in commento.

La libertà di organizzazione e gestione del servizio, oggi consacrata dalla direttiva 2014/24/UE, è il vessillo agitato da molti contro ogni forma di sfavore manifestata dal legislatore nei riguardi dell'affidamento dei servizi pubblici alle società *in house*, fosse anche di carattere solo procedimentale.

La Corte di Giustizia in una recentissima ordinanza ha però 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” (Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco spa, resa su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanze 7 gennaio 2019, n. 138 e 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296; nello stesso senso, Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-285/18, Irgita).

La sentenza della Corte costituzionale n. 100/2020 suscita apprezzamento anche per aver richiamato l’attenzione su questo precedente del diritto europeo.

Michele Trimarchi