

Sentenza della Corte costituzionale n. 100/2020.

Materia: tutela della concorrenza.

Parametri invocati: articolo 76 Cost.; articolo 1, comma 1, lettere a) ed eee), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (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).

Rimettente: TAR Liguria

Oggetto: articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

Esito: infondatezza

Con sentenza n. 100 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevata con ordinanza n. 886 del 15 novembre 2018 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria.

Il TAR Liguria, nell'ambito di un giudizio promosso da un operatore economico avverso un affidamento diretto disposto da un'amministrazione alla propria società *in house*, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità della suddetta norma, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti debbano dare conto nella motivazione del provvedimento di affidamento in house *"delle ragioni del mancato ricorso al mercato"*.

Secondo l'ordinanza di rimessione, l'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 introdurrebbe una motivazione ulteriore rispetto a quella prevista dall'articolo 34, comma 20, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che, relativamente all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, *"non contiene alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato, che sono ultronee rispetto all'istituto dell'in house"*, senza che detto aggravamento motivazionale trovi fondamento nei principi e nei criteri direttivi contenuti nella legge di delega 28 gennaio 2016, n. 11 (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), e si porrebbe, pertanto, in contrasto con l'articolo 76 Cost.

Secondo il TAR Liguria, ad essere violata sarebbe, innanzitutto, la lettera a) del comma 1 dell'articolo 1 della l. 11/2016, che stabilisce il *"divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246 (così detto divieto di gold plating)"*, in quanto l'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 introdurrebbe un onere amministrativo di motivazione più gravoso rispetto a quello strettamente necessario per l'attuazione della direttiva 2014/24/UE, che consentiva (e consente) senz'altro gli affidamenti in house ove ricorrano i presupposti di legge.

Secondariamente, l'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 violerebbe, secondo il TAR Liguria, il criterio direttivo di cui alla lettera eee) dell'articolo 1 della l. 11/2016, che 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"*. Ciò in quanto l'introduzione dell'obbligo di motivazione circa le ragioni del

mancato ricorso al mercato per un verso non troverebbe alcun addentellato nel criterio direttivo, che non lo menziona affatto e, per altro verso, non avrebbe nulla a che vedere con la valutazione sulla congruità economica delle offerte, che attiene piuttosto alla loro sostenibilità in termini di prezzi e di costi proposti, cioè con l'unico elemento che il criterio direttivo imporrebbe di valutare, oltre a quello di pubblicità e trasparenza degli affidamenti, mediante l'istituzione, a cura dell'ANAC, dell'elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house.

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione ad entrambi i parametri interposti dedotti.

Quanto alla violazione dell'articolo 1, comma 1, lettera a), della l. 11/2016, la Corte ha precisato 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 (salvo che per le norme direttamente applicabili). In ogni caso, la ratio del c.d. divieto di gold plating, introdotto dall'articolo 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012), con l'inserimento nell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), dei commi 24bis, 24ter e 24quater, e poi assunto a criterio direttivo nella l. 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”* 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.”* Secondo la Corte, quindi, nessuna violazione del criterio previsto dall'articolo 1 comma 1, lettera a), della l. 11/2016 può essere ravvisata nell'obbligo di motivazione rafforzata previsto dall'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016, che, d'altra parte, risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza.

Nemmeno, secondo la Corte, sussiste la violazione dell'articolo 1, comma 1, lettera eee), della l. 11/2016. Il criterio direttivo ivi previsto trova, infatti, il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza, 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 stregua di questo dato che occorre valutare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato. La valutazione, peraltro, va fatta anche alla luce della costante giurisprudenza della Corte, che riconosce al legislatore delegato margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento, specie quando la delega riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi, come è evidente in presenza di un Codice.

Sotto questo profilo rileva, in particolare, la scelta, per l'appunto discrezionale, di adottare una linea restrittiva nel ricorso all'affidamento diretto, che giustifica il particolare onere motivazionale connesso alla peculiare forma di affidamento diretto costituito dall'in house. L'onere motivazionale in questione è, peraltro, coerente con il quadro normativo di riferimento: esso, in particolare, non si discosta, nella sostanza, da quello imposto dall'articolo 34, comma 20, del d.l. 179/2012, che, nel richiedere 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, impone di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'in house invece di rivolgersi al mercato; ed è coerente con l'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), che 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”*, in tal modo recando una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, che è consentita al legislatore essendo *“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”*