

Affidamenti in house (art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50): rimessione alla Corte Costituzionale

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 6-12-2018

Il collegio dubita della 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 di un contratto "delle ragioni del mancato ricorso al mercato", per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1 lettere a) ed eee) della legge 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).

Con l'ordinanza in esame, i giudici amministrativi genovesi chiedono alla Corte Costituzionale di verificare la conformità alla Carta fondamentale dell'**art. 192, c. 2, d. lgs. n. 50/2016** (Codice dei contratti pubblici).

Secondo la richiamata disposizione, le **stazioni appaltanti** che procedono all'**affidamento in house** di un contratto devono valutarne la congruità economica; **motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato**; e infine illustrare i benefici che, a loro giudizio, l'affidamento *in house* porterà alla collettività.

Il Tar genovese dubita della legittimità costituzionale dell'art. 192, c. 2, del Codice dei contratti pubblici in quanto potrebbe porsi in violazione dei criteri fissati nella delega legislativa che ha originato il d. lgs. n. 50/2016. Si potrebbe configurare, perciò, per il Tar Liguria, una **violazione dell'art. 76 della Costituzione** in base al quale l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Due argomenti fondamentali che hanno indotto il giudice amministrativo a chiedere l'intervento della Corte costituzionale.

Con il **primo argomento**, in particolare, il Tar Liguria ricorda che i criteri direttivi contenuti nella legge di delega, da cui è successivamente scaturito il Codice dei contratti vigente, non obbligano l'amministrazione a motivare il mancato ricorso al mercato oltre la misura strettamente necessaria all'attuazione della direttiva n. 2014/24/UE. Sul punto, la motivazione della ordinanza in esame è esplicita: "*Orbene, la disposizione sospettata di incostituzionalità avrebbe innanzitutto violato il criterio direttivo sub a) – nonché l'articolo 14 commi 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n. 246, cui fa espresso rinvio - in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione - circa le ragioni del mancato ricorso al mercato - maggiore e più gravoso di quelli strettamente necessari per l'attuazione della direttiva n. 2014/24/UE, la quale, ..., per un verso ammette senz'altro gli affidamenti in house a*

patto che ricorrano le tre condizioni di cui all'art. 12, per altro verso ha escluso i relativi contratti dal proprio campo di applicazione, e dunque dall'obbligo di esperire preventivamente una procedura di gara ad evidenza pubblica (cioè, il ricorso al mercato)". Perché l'affidamento in house sia legittimo, allora, è sufficiente che ricorrano due requisiti: quello strutturale e quello funzionale. Basta dunque che la p.a. eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi; e che l'affidataria svolga la sua attività prevalentemente in favore della p.a. controllante. Affinché la direttiva europea citata sia adeguatamente attuata, allora, non è necessario altro, e cioè non occorrono particolari oneri motivazionali in ordine al mancato ricorso al mercato.

Con il **secondo argomento**, poi, il Tar Liguria ricorda che la legge di delega non obbliga le stazioni appaltanti a giustificare il mancato ricorso al mercato: il Codice dei contratti introduce così un onere motivazionale del tutto estraneo ai criteri direttivi della legge con cui il Parlamento ha delegato il Governo ad emanare il d. lgs. n. 50/2016. A questo proposito, la motivazione della pronuncia in esame afferma: "*Secondariamente, avrebbe violato il criterio direttivo sub eee) della legge di delega n. 11/2016, in quanto l'introduzione dell'obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato per un verso non trova alcun addentellato nel criterio direttivo, che non lo menziona affatto, per altro verso – e soprattutto – non ha 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 (argomenta ex art. 97 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016), cioè con l'unico elemento che il criterio direttivo imponeva 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". Secondo questo ulteriore argomento, quindi, le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate soltanto a valutare la convenienza economica delle offerte e a rispettare i principi di pubblicità e trasparenza. Non devono invece motivare le ragioni dell'affidamento in house.*

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 417 del 2018, proposto da

S.C.T. Sistemi di Controllo Traffico s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, digitalmente domiciliato presso la relativa PEC e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII

Ottobre n. 10/12;

contro

Comune di Alassio, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Simone Contri, con domicilio digitale presso la propria PEC;

nei confronti

GE.S.CO s.r.l. e ANAC Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della giunta comunale di Alassio n. 154 del 7 maggio 2018, avente ad oggetto "l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento senza custodia alla società *in house* GE.S.CO. s.r.l. per il periodo 11 giugno 2018 - 31 dicembre 2023".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Alassio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Con ricorso notificato in data 8.6.2018 e depositato in data 20.6.2018 la società S.C.T. Sistemi di Controllo Traffico s.r.l. (di seguito, SCT senz'altro), che gestiva, in esito a procedura aperta bandita nel corso del 2011, il servizio di parcheggio a pagamento nel comune di Alassio, ha impugnato la deliberazione della giunta comunale 7 maggio 2018, n. 154, concernente "l'affidamento del servizio di gestione dei parcheggi a pagamento senza custodia alla società *in house* GESCO s.r.l. per il periodo 11 giugno 2018 - 31 dicembre 2023", nonché la presupposta deliberazione del consiglio comunale n. 25 del 5 aprile 2018, di approvazione della relazione illustrativa delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevista dall'art. 34 del D.L. 18.10.2012, n. 179, convertito in legge 17.12.2012, n. 221.

In punto di fatto espone che, nel corso del 2017, in prossimità della scadenza del contratto con SCT, il comune di Alassio bandì una gara pubblica, estesa, oltre che al servizio di gestione

della sosta a pagamento, anche a svariati altri servizi (segnatamente: creazione di un sistema complesso di info-mobilità mediante installazione di 3 pannelli informativi di segnalazione e avviso; realizzazione di un sistema di videosorveglianza con 20 telecamere e regolamentazione con 11 varchi obbligatori di accesso alle diverse zone ZTL; gestione del servizio di mobilità sostenibile mediante realizzazione di 7 stazioni di car e bike sharing, 15 stalli da 10 biciclette l'uno, tutti dotati di sistemi di telecontrollo, fornitura di 70 biciclette a pedalata assistita e installazione di 10 colonnine con stallo dedicato per la ricarica di veicoli elettrici o ibridi).

Tale gara andò però deserta ed il comune, anziché provvedere all'indizione di una nuova gara con diversi parametri economici e con minori investimenti a carico del concessionario, mantenne la gestione del servizio di gestione della sosta a pagamento in capo a STC in forza di proroga del contratto in essere, alle medesime condizioni economiche.

Con gli atti impugnati, il comune di Alassio ha infine inteso affidare direttamente e senza gara - facendo ricorso all'istituto dell'*in house providing* - il solo servizio di gestione dei parcheggi in favore della società GE.S.CO s.r.l., interamente partecipata dal Comune stesso.

A sostegno del gravame la società SCT ha dedotto un unico motivo di ricorso, così rubricato: violazione dell'articolo 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi comunitari in materia di *in house providing* – violazione dell'articolo 1 della L. n. 241/1990 e del principio di trasparenza - violazione dell'articolo 3 della legge 241/1990 e del principio della motivazione – violazione dell'articolo 192, comma 2, del d.lgs. 50/2016 - violazione dell'articolo 34, comma 20, d.l. 179/2012 - violazione degli articoli 3 bis commi 1 bis e 6 bis del d.l. 138/2011 – eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e della carenza di istruttoria.

Il motivo è articolato sotto due distinti profili, come segue.

1.A. sulla necessità di una motivazione specifica e di una comparazione concreta tra le differenti modalità di gestione nella scelta della gestione *in house*.

Sotto un primo profilo denuncia la violazione dell'articolo 106 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dei principi comunitari in materia di *in house providing*.

Premessa la asserita valenza derogatoria dell'*in house providing* rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica (ciò che – in tesi - implicherebbe che i principi che governano tale istituto debbano essere interpretati in maniera rigorosa e restrittiva), lamenta che l'amministrazione non abbia dato adeguatamente conto della preferenza per il modello *in house*, e che la scelta del modello *in house* non sia stata preceduta da una concreta e trasparente disamina delle alternative esistenti, sotto i profili della comparazione tra le varie forme di gestione, delle valutazioni economico/qualitative dei servizi offerti e della verifica della effettiva capacità del gestore di svolgere correttamente il servizio affidato.

Ai sensi dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, il provvedimento di scelta per il modulo di gestione *in house* dovrebbe invece essere necessariamente preceduto da una valutazione che dia conto, in motivazione, delle ragioni che fanno propendere per una delle diverse

tipologie, motivando, secondo una logica di preferenza via via decrescente, in ordine all'impossibilità di utilizzare: 1) in prima battuta, lo strumento - altrimenti sempre preferibile - dell'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica; 2) in subordine, quello dell'affidamento a società mista, che in ogni caso presuppone la gara per la scelta del socio privato; 3) in via di ulteriore subordine, quello dell'affidamento *in house* e senza gara.

I.B. Sulla inesistenza di qualsiasi comparazione tra le forme di gestione, sulla carenza di motivazione e di istruttoria e sullo sviamento dell'affidamento a GESCO del servizio di gestione dei parcheggi.

Sotto un secondo profilo, deduce che sarebbe quantomeno "sospetto" il comportamento del comune, il quale, dopo avere bandito una procedura andata deserta alla luce di valutazioni tecnico-economiche palesemente erranee circa gli investimenti necessari, anziché "aggiustare il tiro" con l'indizione di una nuova procedura strutturata su un progetto tecnico-economico sostenibile per il mercato, ha invece sottratto ad ogni possibile confronto concorrenziale soltanto una parte dei servizi precedentemente posti in gara (la gestione dei parcheggi a pagamento).

La stessa progressione temporale degli atti impugnati costituirebbe spia dell'eccesso di potere per sviamento, apparendo verosimile che la decisione di affidare il servizio *in house* fosse antecedente, e prescindesse del tutto dalle valutazioni contenute nella relazione illustrativa, predisposta dal comune ai sensi dell'art. 34 comma 20 del D.L. 179/2012.

La motivazione del provvedimento sarebbe poi del tutto carente sia sotto il profilo della capacità tecnica di GESCO, sia sotto il profilo economico, giacché da un lato la preferenza per l'offerta di GESCO non sarebbe stata preceduta da alcuna indagine di mercato, dall'altro il piano economico finanziario contenuto nella relazione sarebbe del tutto privo di qualsiasi asseverazione da parte di istituto di credito o società di servizi (in violazione di quanto statuito dall'articolo 3 bis, commi 1-bis e 6-bis del D.L. n. 138/2011, che peraltro riguarda i soli servizi "a rete"), sicché non vi sarebbe certezza circa l'utile di gestione.

Alla domanda di annullamento accede domanda di risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il comune di Alassio, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse (essendo il contratto con SCT scaduto l'11.6.2018), nel merito controdeducendo ed instando per la sua reiezione.

Con memoria conclusiva notificata alla controparte, SCT ha dedotto come, a seguito delle consistenti riduzioni sulle tariffe della sosta approvate con la deliberazione di giunta comunale n. 277 del 5 settembre 2018, risulterebbe viepiù insostenibile il piano economico allegato alla relazione illustrativa, confermando l'incongruità dell'affidamento *in house* disposto in favore di GESCO.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 17 ottobre 2018 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal comune è infondata.

Difatti, nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è di regola correlata ad una situazione differenziata come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure, in qualità di operatore economico di settore, l'affidamento diretto o senza gara (Cons. di St., III, 26.5.2016, n. 2228; id., IV, 20.4.2016, n. 1560).

Dunque, a prescindere dalla scadenza del rapporto contrattuale con il comune di Alassio, la semplice qualità di SCT di operatore del settore della gestione del servizio dei parcheggi a pagamento la legittima senz'altro ad impugnare l'affidamento diretto *in house providing* ad un operatore concorrente.

Ciò premesso, può procedersi all'esame dell'unico motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente contesta l'incongruità e l'insufficienza delle motivazioni che la relazione approvata con deliberazione C.C. n. 25/2018 ha posto a sostegno della decisione di affidare *in house* il servizio di gestione dei parcheggi a pagamento.

In particolare, deduce la ricorrente che né la relazione approvata dal consiglio comunale ai sensi dell'art. 34 del D.L. 18.10.2012, n. 179, né la delibera di giunta di affidamento del servizio avrebbero dato conto – come invece impone l'art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50 - delle ragioni del mancato ricorso al mercato (così detto *outsourcing*), che costituirebbe l'opzione prioritaria ed ordinaria.

Difatti, ai sensi dell'art. 192 comma 2 del D. Lgs. 18.4.2016, n. 50, *“ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché 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”*.

Il collegio dubita della 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* di un contratto *“delle ragioni del mancato ricorso al mercato”*, per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1 lettere a) ed e) della legge 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).

La questione è innanzitutto rilevante.

Giova premettere come il contratto in questione abbia ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, e rientri, in ragione del suo importo (canone di concessione fisso di €

200.000,00 l'anno, dall'11.06.2018 al 31.12.2023), nella soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 4 lett. c) della direttiva n. 2014/24/UE (€ 221.000,00 per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali).

Ciò premesso, la disposizione sospettata di incostituzionalità – la cui violazione è specificamente contestata nell'unico motivo di ricorso - impone alle stazioni appaltanti di valutare l'opportunità e convenienza dei provvedimenti di affidamento *in house* alla luce, innanzitutto, *“delle ragioni del mancato ricorso al mercato”*, delle quali occorre dare espressamente conto in motivazione.

Essa costituisce dunque, alla luce del motivo dedotto, il parametro legislativo alla stregua del quale questo giudice è chiamato a valutare la legittimità dei provvedimenti impugnati, sotto il profilo dell'indicazione espressa delle ragioni del mancato ricorso al mercato, e della congruità e/o adeguatezza delle stesse: e ciò, in quanto la società SCT non contesta affatto il ricorrere, in capo alla controinteressata GESCO s.r.l., delle tre condizioni stabilite dall'art. 5 del D. Lgs. n. 50/2016 (controllo dell'amministrazione aggiudicatrice analogo a quello esercitato sui propri servizi; 80% dell'attività della controllata effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante; assenza di partecipazione diretta di capitali privati) per il legittimo ricorso all'*in house providing*, condizioni che sono dunque pacifiche tra le parti.

Donde la rilevanza della questione, non potendo il giudizio essere definito indipendentemente dalla risoluzione della relativa questione di legittimità costituzionale.

Ma la questione pare al collegio anche non manifestamente infondata.

E' noto l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la figura dell'*in house providing* (o autoproduzione), che costituisce una modalità di aggiudicazione di una concessione o di un appalto pubblico a soggetti formalmente distinti, ma sottoposti ad un controllo tanto penetrante di un'amministrazione da costituirne sostanzialmente un'articolazione organizzativa, modalità alternativa al ricorso all'esternalizzazione (così detto *outsourcing*) mediante l'avvio di una procedura ad evidenza pubblica.

L'istituto, di origine pretoria (cfr. la sentenza della C.G.C.E., V, 18.11.1999, n. 107, società Teckal), ha trovato la sua prima codificazione nell'ordinamento europeo ad opera della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26.2.2014, n. 2014/24/UE per i settori ordinari.

In particolare, il 5° considerando della direttiva n. 2014/24/UE chiarisce che *“è opportuno rammentare 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”*.

Si tratta di una specifica applicazione del principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche, più efficacemente scolpito dall'art. 2 comma 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26.2.2014, n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione

dei contratti di concessione, a mente del quale *“la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni”* (cfr., in merito, anche CGCE, 11 gennaio 2005, C- 26/03, Stadt Halle, punto 48: *“un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”*).

Coerentemente con il citato principio di autorganizzazione o di libera amministrazione delle autorità pubbliche riconosciuto nel 5° considerando, 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* (a. l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b. 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; c. 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).

Dunque, a seguito della positivizzazione dell'istituto ad opera della direttiva n. 24/2014, che, in virtù della salvaguardia del principio di autorganizzazione degli Stati membri (5° considerando), esclude espressamente gli affidamenti *in house* dal proprio ambito di applicazione (art. 12), può ritenersi definitivamente acquisito – quantomeno in ambito europeo – il principio che l'*in house providing* non configura affatto un'ipotesi eccezionale e derogatoria di gestione dei servizi pubblici rispetto all'ordinario espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma costituisce una delle ordinarie forme organizzative di conferimento della titolarità del servizio, la cui individuazione in concreto è rimessa alle amministrazioni, sulla base di un mero giudizio di opportunità e convenienza economica.

In realtà, tale principio può ritenersi oggi operante anche nell'ordinamento nazionale (in tal senso cfr., per esempio, Cons. di St., V, 15.3.2016, n. 1034; id., III, 24.10.2017, n. 4902; id., V, 18.7.2017, n. 3554), posto che, ai sensi dell'art. 34 comma 20 del D.L. 18.10.2012, n. 179 (convertito in legge 17.12.2012, n. 221), *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, 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”.

Come si vede, la norma specificamente dettata per i servizi pubblici locali di rilevanza economica – diversamente dall'art. 192 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 - non contiene alcun riferimento alle ragioni del mancato ricorso prioritario al mercato, che sono ultronee rispetto all'istituto dell'*in house*.

Tale essendo il quadro normativo di riferimento, ritiene il collegio che la disposizione di cui all'art. 192 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, nell'imporre un onere motivazionale supplementare relativamente alle *“ragioni del mancato ricorso al mercato”* abbia palesemente 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), in violazione dell'art. 76 della Costituzione.

L'art. 1 della legge di delegazione legislativa n. 11/2016 ha infatti fissato, tra l'altro, i seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) 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*); eee) 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, 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, e prevedendo l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house* ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti. La domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento *in house*, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto.

Orbene, la disposizione sospettata di incostituzionalità avrebbe innanzitutto violato il criterio direttivo sub a) – nonché l'articolo 14 commi 24-ter e 24-quater della legge 28 novembre 2005, n. 246, cui fa espresso rinvio - in quanto avrebbe introdotto un onere amministrativo di motivazione - circa le ragioni del mancato ricorso al mercato - maggiore e più gravoso di quelli strettamente necessari per l'attuazione della direttiva n. 2014/24/UE, la quale, come visto *supra*, per un verso ammette senz'altro gli affidamenti *in house* a patto che ricorrano le tre condizioni di cui all'art. 12, per altro verso ha escluso i relativi contratti dal proprio campo di applicazione, e dunque dall'obbligo di esperire preventivamente una procedura di gara ad evidenza pubblica (cioè, il ricorso al mercato).

Donde la violazione del divieto di *gold plating*, che costituiva uno specifico criterio di delega

legislativa (lett. a).

Secondariamente, avrebbe violato il criterio direttivo sub eee) della legge di delega n. 11/2016, in quanto l'introduzione dell'obbligo di motivazione circa le ragioni del mancato ricorso al mercato per un verso non trova alcun addentellato nel criterio direttivo, che non lo menziona affatto, per altro verso – e soprattutto – non ha 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 (argomenta ex art. 97 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016), cioè con l'unico elemento che il criterio direttivo imponeva 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*.

Donde la violazione dell'art. 1 lett. a) ed eee) della legge di delegazione legislativa n. 11/2016 (parametro interposto) e, indirettamente, dell'art. 76 della Costituzione.

In conclusione il collegio, per le ragioni sopra esposte, ritiene 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", per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1 lettere a) ed eee) della legge 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).

Resta sospesa ogni decisione sul ricorso in epigrafe, dovendo la questione essere demandata al giudizio della Corte costituzionale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda),

Visti gli artt. 1 della legge costituzionale 9.2.1948, n. 1 e 23 della legge 11.3.1953, n. 87;

Ritenuta rilevante ai fini della decisione e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità 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", per contrasto con l'art. 76 della Costituzione, in relazione all'art. 1 lettere a) ed eee) della legge 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);

Sospende il giudizio in corso;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei Ministri, e sia comunicata al Presidente del Senato della



Repubblica ed al Presidente della Camera dei Deputati.