

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 28 settembre 2021

NUMERO AFFARE 01073/2021

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Linee guida recanti *«Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»*;

LA SEZIONE

Vista la nota n. I.0029920 del 14 settembre 2021 con la quale il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha chiesto il parere di questo Consiglio di Stato sullo schema di linee guida recanti *«Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»*;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con la nota n. I.0029920 del 14 settembre 2021 il Presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione (di seguito denominata “ANAC” o “Autorità”) ha chiesto il parere di questo Consiglio di Stato - in ragione della generalità e della rilevanza delle questioni trattate nonché dell’impatto *erga omnes* di tale atto - sullo schema di linee guida recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*»;

2. Le linee guida in esame sono adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici e si pongono l'obiettivo di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti per la formulazione della motivazione richiesta dall'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici nel caso di affidamento diretto ad organismi *in house*. Lo scopo, indica l’ANAC nella premessa dello schema di atto qui in trattazione, è quello di fornire indicazioni pratiche per orientare l'azione degli enti interessati verso comportamenti conformi alla normativa vigente ed uniformi, favorendo la diffusione di *best-practice*.

3. Il testo è corredato da una relazione AIR, da una relazione illustrativa, dai contributi pervenuti nell’ambito della consultazione pubblica appositamente esperita. L’ANAC ha svolto un’ampia fase partecipativa, svoltasi nel periodo dal 12 febbraio al 31 marzo 2021, finalizzata ad acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del mercato, che ha visto la partecipazione di 19 soggetti, tra cui amministrazioni pubbliche, società pubbliche, associazioni di categorie e soggetti privati. Inoltre, sono stati acquisiti i pareri delle Autorità indipendenti di settore (Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente - Arera e Autorità di regolazione dei trasporti - ART).

Considerato

1. Lo schema di linee guida presentato dall'ANAC si pone quale strumento di regolazione flessibile ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in base al quale l'Autorità, *“attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*. Si tratta, pertanto, di un atto privo di efficacia normativa vincolante, che nasce da un'iniziativa discrezionale dell'Autorità, rispetto al quale il parere di questo Consiglio di Stato ha dunque natura solo facoltativa (sulla tassonomia e sull'annesso regime giuridico dei diversi atti di regolazione dell'ANAC, nell'ambito di contratti pubblici, si rinvia al parere di questa Sezione n. 2189/19 del 29 luglio 2019, che richiama *“la distinzione che la commissione speciale, istituita presso il Consiglio di Stato, ha compiuto, con parere 1 aprile 2016, n. 855, tra linee guida recepite con apposito decreto ministeriale, linee guida vincolanti erga omnes e linee guida non vincolanti”*).

2. La materia è stata oggetto di numerose pronunce di questo Consiglio (si vedano, da ultimo, Sez. I, n. 1374 del 3 agosto 2021, e n. 1389 del 7 maggio 2019, nonché Sez. III, n. 1385 del 25 febbraio 2020), che ha sempre ribadito come la società *in house* sia equiparabile ad un “ufficio interno” dell'ente pubblico che l'ha costituita, sicché non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa caratteristica l'unica a giustificare l'affidamento diretto, senza previa gara, di un appalto o di una concessione.

Sulla questione sono recentemente intervenute, come è noto, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte costituzionale.

La Corte di giustizia (Sezione IX, ord. 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19

– Rieco s.p.a.) ha ritenuto conforme al diritto dell’Unione l’art. 192 del codice dei contratti pubblici, che subordina la conclusione di un “contratto *in house*” all’impossibilità di procedere all’aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna, demandando in sostanza allo Stato membro la definizione di un punto di equilibrio tra i due valori da bilanciare (quello della libera autorganizzazione delle pubbliche amministrazioni con quello della concorrenza e del mercato), senza fornire indicazioni più concrete e specifiche.

La Corte costituzionale, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100, ha respinto le censure di eccesso di delega e di “*goldplating*” mosse dal Giudice remittente (Tar Liguria, ord. 15 novembre 2018) all’art. 192, comma 2.

3. Ancor più di recente è poi intervenuto *in subiecta materia* il legislatore che, nel dettare la nuova disciplina della “*governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza mediante prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”, con l’art. 10 (rubricato *Misure per accelerare la realizzazione degli investimenti pubblici*) del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, ha per un verso ampliato l’area applicativa del ricorso all’*in house providing*, autorizzando le amministrazioni interessate, al fine di “*sostenere la definizione e l’avvio delle procedure di affidamento ed accelerare l’attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell’Unione europea 2014-2020 e 2021-2027*”, ad avvalersi, mediante apposite convenzioni, “*del supporto tecnico-operativo di società in house qualificate ai sensi dell’articolo 38 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, e, per l’altro verso, ha introdotto, nel comma 3, una disciplina *ad hoc* della motivazione del ricorso alla formula dell’*in house* in deroga al mercato, di cui all’art. 192, comma 2, in trattazione (“*Ai fini dell’articolo 192, comma 2, del*

decreto legislativo n. 50 del 2016, la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali”, testo così modificato dalla legge di conversione n. 108 del 2021).

4. L'ANAC, nel contesto così in estrema sintesi delineato, si ripropone espressamente, mediante l'adozione delle linee guida in esame, l'obiettivo – come enunciato nella nota di trasmissione – di *“garantire un'applicazione non soltanto formale della norma, proponendo soluzioni interpretative estensive rispetto al dato letterale, che fossero comunque in linea con la ratio della disposizione”, “in particolare con riferimento: all'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 192, comma 2, del codice, che si propone di estendere anche ai contratti di lavori e di forniture; alla scelta di attribuire al termine «concorrenza» un significato atecnico, riferendosi alle prestazioni che siano svolte in modo alternativo sul mercato e, quindi, in ogni caso in cui vi sia una concorrenza per il mercato o nel mercato; alla scelta di ritenere escluse dall'applicazione della norma in esame le sole prestazioni che non sono al momento disponibili sul mercato e non potranno esserlo in futuro, neanche a seguito di attività di adeguamento da parte dei possibili esecutori; alla pubblicazione della motivazione, che si suggerisce di anticipare rispetto al provvedimento di affidamento”.*

5. Più in particolare, tali obiettivi, tendenzialmente ampliativi del campo applicativo dell'obbligo istruttorio e motivazionale (e dunque potenzialmente restrittivi del campo di applicazione) del ricorso all'*in house*, nascono, come riferito nella relazione AIR, dalla considerazione della forte diffusione degli affidamenti diretti effettuati dagli enti territoriali in favore delle società partecipate,

come emerge dai dati desunti dalla relazione 2021 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie (sono stati rilevati, in generale, circa 11.300 affidamenti, per la maggior parte – soprattutto da parte dei Comuni – di servizi pubblici; solo il 5 per cento degli affidamenti a società controllate è avvenuto con gara; su 18.251 commesse, corrispondenti ad un impegno annuale di poco più di 11 miliardi di euro, gli affidamenti diretti costituiscono il 64 per cento, per oltre il 79 per cento degli impegni di spesa; secondo la relazione annuale della medesima Sezione riferita al 2019, gli affidamenti diretti di servizi pubblici, secondo il modello dell'*in house providing*, costituivano il 93 per cento del totale degli affidamenti disposti dagli enti locali). Analoghe indicazioni provengono dai dati pubblicati dal Ministero dello sviluppo economico relativi agli affidamenti dei servizi pubblici locali negli anni dal 2017 al 2020, dai quali risulta che circa il 50 per cento è avvenuto mediante affidamento diretto a società *in house*.

L'esigenza di intervenire con apposite linee guida nella materia *de qua*, si aggiunge nella relazione AIR, deriva anche dall'analisi di alcune motivazioni del mancato ricorso al mercato predisposte dalle Amministrazioni, dalle quali è emerso che le relazioni si dilungano molto sulla sussistenza dei requisiti dell'*in house*, ma sono, invece, molto sintetiche nella parte dedicata alla motivazione del mancato ricorso al mercato, dove vengono frequentemente utilizzate formule di stile che denotano l'assenza di una valutazione concreta.

Circostanze, queste, invero poste in luce anche dal Giudice delle leggi nella già menzionata sentenza n. 100 del 2020, nella quale (punto 9 della motivazione in diritto) si è sottolineato come “*La norma delegata [l'art. 192, comma 2], in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti*

aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici”.

6. Tutto ciò premesso, la Sezione ritiene di dover segnalare, nell’ottica di proficua cooperazione instauratasi da tempo con codesta Autorità, come le nuove linee guida, qui all’esame del Collegio, si inseriscono in un contesto giuridico e istituzionale molto dinamico, soprattutto sotto la spinta urgente dello sviluppo e dell’attuazione del PNRR, del Piano nazionale per gli investimenti complementari e del Piano nazionale integrato per l’energia e il clima, ma anche, più in generale, sotto la spinta della ripresa economica seguente alla pandemia da covid-19.

Che l’istituto dell’*in house providing* sia al centro dell’attenzione del Governo e del Parlamento, in relazione (in particolare, ma non solo) alle esigenze di semplificazione e di rafforzamento della *capacity building* degli apparati amministrativi (chiamati a uno sforzo straordinario e aggiuntivo di efficienza ed efficacia realizzativa per l’attuazione del PNRR, degli interventi inclusi nel fondo complementare, nonché di tutte le altre, numerosissime opere pubbliche urgenti), è dimostrato dalla già citata norma *ad hoc* inserita nella recente normativa primaria dedicata alla definizione della *governance* del PNRR (l’art. 10 del decreto-legge n. 77 del 2021 sopra richiamato), che sembra incrociarsi esplicitamente con l’intervento in esame (il quale però non pare tenerne conto, neanche negli atti di accompagnamento).

Più in generale, appare in evoluzione l’intero scenario normativo riferito alla materia dei contratti pubblici, come è dimostrato dalle numerose riforme, tutte rivolte nella direzione della semplificazione e dell’accelerazione delle procedure, succedutesi dal 2019 in avanti: dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, al decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, fino al già citato decreto-legge n. 77 del 2021, che reca un apposito Titolo IV dedicato ai *Contratti pubblici*.

La materia degli appalti sembra rivestire, oggi, un rilievo centrale ai fini di una gestione efficace del piano di ripresa e resilienza e, più in generale, agli effetti di un recupero dello storico *deficit* di capacità realizzativa delle opere pubbliche e di spesa degli investimenti pubblici, anche comunitari, che affligge non da ieri il Paese.

Si tocca, qui, uno snodo fondamentale per una ripresa durevole e sostenibile dell'economia, in una fase nella quale le politiche espansive di bilancio, anche a livello europeo, offrono un'opportunità straordinaria di rilancio economico attraverso forti investimenti pubblici.

Accanto a tali interventi d'urgenza si aggiunge allora, *de iure condendo*, il recente disegno di legge AS 2330 di *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, presentato dal Governo al Senato in data 21 luglio 2021, con l'obiettivo (tra gli altri) di “*assicurare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*” (come recita il primo periodo della relazione a corredo di disegno di legge, corrispondente al primo dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 2).

È verosimile che tale riforma modifichi ulteriormente, e in tempi ravvicinati, le prassi amministrative che ci si propone di cambiare con lo schema in oggetto, rinvenendo magari ancora un altro, diverso punto di equilibrio tra le esigenze di speditezza, celerità, efficienza ed efficacia operativa delle pubbliche amministrazioni nella realizzazione degli investimenti pubblici e le esigenze di promozione del mercato e della concorrenza, nonché di garanzia della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, assume, pertanto, in questo preciso momento storico, un rilievo del tutto strategico e centrale.

7. Ad avviso della Sezione, tutti questi importanti (e ancora in evoluzione) elementi di contesto normativo vanno tenuti presente per l'esame dell'intervento in oggetto, che come detto consiste in misure di natura non normativa (si tratta di linee guida

non vincolanti) ma di impatto rilevante, evidenziato anche dall’AIR, sull’assetto e sulla applicazione pratica dell’istituto giuridico dell’*in house providing*.

Pertanto, in questa fase, l’esigenza, pur condivisibile, di operare una messa a punto o un riassetto dello *status quo* dell’*in house providing*, come definito nei più recenti arresti giurisprudenziali, deve tener conto di due diversi profili.

Da un lato, *de iure condito*, l’approvazione delle linee guida deve comunque tener conto delle implicazioni della *lex specialis* prima menzionata (art. 10, d.l. n. 77/21), nonché del possibile impatto delle nuove prassi sugli effetti attesi dalla legge.

Dall’altro, *de iure condendo*, si dovrebbe valutare adeguatamente l’opportunità di emanare le linee guida in esame pur nella eventualità di una possibile, prossima modifica del quadro legislativo con la riforma *in itinere* del codice dei contratti o con un altro degli interventi normativi strumentali all’attuazione del PNRR.

In caso affermativo, occorrerebbe comunque considerare l’impatto “in concreto”, sull’operatività delle amministrazioni, della successione ravvicinata nel tempo di tali interventi, a diverso livello (quello, proposto, con linee guida non vincolanti – ma di sicuro impatto – e quelli di rango legislativo, con delega o decreto-legge) e della conseguente esigenza di assicurare comunque stabilità, chiarezza e uniformità del quadro applicativo.

Ciò anche in considerazione del fatto che – allo stato, in assenza di nuovi interventi, normativi e non – l’istituto giuridico in questione appare piuttosto stabilizzato nell’elaborazione giurisprudenziale. Difatti, come emerge dal breve richiamo sopra effettuato, sia la Corte di giustizia sia la Corte costituzionale hanno sostanzialmente confermato il vigente regime giuridico e non sembrano avere evidenziato, nell’attuale disciplina, problematiche talmente rilevanti da indurre inevitabilmente all’introduzione urgente di indirizzi non normativi ampliativi del campo applicativo dell’obbligo motivazionale.

In altri termini, posto che l’intervento non appare “imposto” da fonti esterne né dalla giurisprudenza, prima di valutarne nel merito la portata e i contenuti occorre verificare l’eventualità di un possibile incrocio di interventi, normativi e non, e la

loro compatibilità.

Le ora esposte riflessioni inducono la Sezione, prima di procedere all'analisi delle linee guida e delle diverse, spesso complesse e delicate, problematiche ivi affrontate, a demandare preliminarmente a codesta Autorità un ulteriore approfondimento sui sopra evidenziati profili di impatto operativo, nel contesto di attuazione del PNRR, acquisendo eventualmente anche l'avviso sulle prossime prospettive *de iure condendo* del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e della Presidenza del consiglio dei ministri – Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (che potrà se del caso consultare anche gli appositi organismi introdotti con il predetto decreto-legge n. 77 del 2021, quali la Segreteria tecnica presso la Presidenza del consiglio dei ministri e la “Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione”, costituita nell'ambito del predetto DAGL).

In conclusione, ferma e riservata ogni ulteriore valutazione e determinazione sul merito contenutistico delle proposte linee guida, la Sezione ritiene di dover sospendere la pronuncia del richiesto parere, in attesa degli indicati approfondimenti.

P.Q.M.

Sospende la pronuncia del parere nelle more degli approfondimenti istruttori indicati in motivazione.

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Alessandra Colucci

