

Il Consiglio di Stato solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 177 del codice dei contratti (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), censurando la previsione che impone ai concessionari di lavori, di servizi pubblici o di forniture l'obbligo di esternalizzare a terzi le commesse pubbliche che sono state loro affidate, in precedenza, senza alcuna procedura ad evidenza pubblica.

**Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 agosto 2020, n. 5097 – Pres. Saltelli, Est. Franconiero**

**Contratti pubblici – Affidamenti di lavori, servizi o forniture – Titolari di concessioni non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica – Obbligo di esternalizzazione a terzi – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità**

*Sono rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lett. iii), della legge n. 11 del 2016 – in riferimento agli artt. 41, primo comma, 3, secondo comma, e 97, secondo comma, della Costituzione – nella parte in cui stabiliscono l'obbligo, a carico dei soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea), di affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, nonché di introdurre clausole sociali e per la stabilità del personale e per la salvaguardia delle professionalità, e nella parte in cui prevedono che la restante quota percentuale dei contratti possa essere realizzata da società in house per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato (1).*

(1) I. – Con la sentenza non definitiva in rassegna, il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 177 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (oltre che della corrispondente norma della legge-delega), ossia della disposizione che, nel nuovo codice dei contratti pubblici, ha imposto ai concessionari di lavori, servizi e forniture l'obbligo di "esternalizzazione" a terzi dei contratti loro già affidati, qualora dette concessioni siano state rilasciate, all'epoca, senza alcuna procedura ad evidenza pubblica.

In particolare, in base all'art. 177, l'obbligo di affidamento a terzi – "[f]atto salvo quanto previsto dall'articolo 7" – è imposto per "una quota pari all'ottanta per cento dei contratti" in essere, di importo pari o superiore a 150.000 euro, mentre il restante venti per cento potrà essere lasciato a società *in house*, per quanto riguarda i soggetti pubblici, ovvero a società direttamente o indirettamente controllate o collegate, per quanto riguarda i soggetti privati,

ovvero ancora ad operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

La controversia dalla quale è scaturita la rimessione alla Corte può essere brevemente ricostruita come segue.

Un'impresa privata, concessionaria degli impianti di illuminazione pubblica, artistica, semaforica e da lampade votive per il territorio di svariati Comuni della Lombardia (compresi Milano, Brescia e Bergamo), aveva impugnato dinnanzi al T.a.r. per il Lazio le linee guida ANAC n. 11 del 4 luglio 2018, recanti *“Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’art. 11, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ed evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione Europea”*. La ricorrente lamentava che, in base alle Linee Guida, sarebbe insorto l’obbligo, per i concessionari, di affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essi attualmente eseguono direttamente, con impiego di mezzi propri e di maestranze alle loro dipendenze, con la conseguente necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran numero di dipendenti, senza peraltro garanzia alcuna che essi possano essere ripresi in carico dai futuri affidatari delle prestazioni. Sottolineava, inoltre, che a causa del già avvenuto decorso del termine di 24 mesi fissato ai concessionari per adeguarsi alle relative previsioni, già all’attualità, essa, come gli altri concessionari che si trovano in analoga situazione, rischiava di essere sanzionata dagli enti concedenti mediante l’applicazione di penali contrattuali.

Con sentenza 15 luglio 2019, n. 9309, il T.a.r. per il Lazio, sezione I, dichiarava il ricorso inammissibile, accogliendo l’eccezione di carenza attuale di interesse sollevata dalla difesa erariale. Secondo il T.a.r., le impugnite linee guida – pur auto qualificandosi *“vincolanti”* – non sono immediatamente impugnabili in quanto *“non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l’amministrazione e favorire comportamenti omogenei”*.

II. – Nel giudicare sull’appello promosso dall’originaria ricorrente, il Consiglio di Stato anzitutto accoglie il motivo volto a ribaltare l’esito del primo grado, sostenendo la portata immediatamente lesiva delle linee guida n. 11, *“nella misura in cui, come sottolineato dall’appellante, pongono i concessionari di fronte all’alternativa tra l’adeguarsi ad esse o subirne le conseguenze a mezzo del successivo provvedimento applicativo della penale”*.

Secondo i giudici di appello, l’atto dell’ANAC costituisce infatti *“vincoli conformativi puntuali alla successiva attività degli enti concedenti e dei concessionari, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all’estensione”*, con particolare riguardo alle modalità operative delle esternalizzazioni, al calcolo delle sanzioni da infliggere, nonché con riguardo agli obblighi di pubblicazione dei dati sulle concessioni a carico degli

enti concedenti e dei concessionari ed alle modalità di verifica delle quote di affidamento da parte degli enti concedenti.

Ritenuto pertanto ammissibile il ricorso di primo grado, e passando all'esame del merito, il Consiglio di Stato ritiene opportuno sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 177, comma 3, del codice dei contratti (oltre che, come detto, della norma della legge di delega), essendo *"pacifico ed incontestato"* che le linee guida sono state emanate proprio in applicazione di tali norme. In proposito, il ragionamento della Sezione rimettente si articola come segue:

- a) viene anzitutto esclusa la possibilità di percorrere la *"pur suggestiva"* via di un'interpretazione costituzionalmente orientata, non residuando dubbi sull'intenzione del legislatore di imporre l'esternalizzazione e non di lasciarla alla mera volontà del concessionario; proprio questa, del resto, *"è l'unica interpretazione plausibile, oltre che conforme al criterio direttivo di cui alla legge delega"*, come già evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere 30 marzo 2017, n. 782, reso sul decreto correttivo al codice dei contratti pubblici (in *Foro amm.*, 2017, 614), e con il parere 20 giugno 2018, n. 1582, reso sulle Linee Guida n. 11 (in *Foro amm.*, 2018, 989);
- b) in punto di rilevanza, le linee guida n. 11 – e, in special modo, la loro parte I, contenente indicazioni sull'ambito di applicazione dell'art. 177, sui contratti assoggettati alle relative previsioni e sull'ambito temporale di applicazione della norma – *"si manifestano come coerente interpretazione e diretta applicazione dell'art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici, a sua volta emanato in attuazione del criterio direttivo enunciato nel più volte citato art. 1, comma 1, lett. iii), della legge delega n. 11 del 2016"*, oltre che *"come presupposto per l'esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori dell'Autorità di vigilanza di settore previsti nella parte II delle medesime Linee Guida"*;
- c) in punto di non manifesta infondatezza, viene evidenziato, come primo e principale parametro, il possibile contrasto con la *"libertà di impresa"* sancita dall'art. 41 Cost., sotteso all'obbligo imposto ai concessionari di dismettere l'intera concessione (a terzi, mediante procedure di evidenza pubblica, per una quota pari all'80%; a soggetti riconducibili al medesimo concessionario, per la restante quota pari al 20%; ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato); sul punto, la Sezione osserva quanto segue:
  - c1) l'obbligo di messa a gara è giustificato, sul piano logico-giuridico e su quello sistematico, *"dall'esigenza di ripristinare la concorrenza 'per il mercato' mancata in occasione dell'affidamento della concessione, avvenuto senza gara"*;
  - c2) senonché, attraverso una sua applicazione riferita all'intera concessione, tale obbligo comporta *"uno stravolgimento degli equilibri economico – finanziari"*

*sottesi allo stesso rapporto concessorio in questione, su cui si fondano le scelte di pianificazione ed operative del concessionario/imprenditore”;*

- c3) *l’attività di quest’ultimo viene quindi “ridotta a quella di una mera stazione appaltante, con l’unico compito di disciplinare ed attuare, secondo le direttive delle Linee Guida e degli enti concedenti, l’affidamento a terzi, estranei o a sé riconducibili, di quella che originariamente costituiva il proprium dell’unitaria concessione affidata dall’amministrazione”;*
  - c4) *un simile “svuotamento della concessione” comporta la “disgregazione del sottostante compendio aziendale, con conseguente depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento del rapporto”, il quale “non si pone in funzione del solo profitto privato, ma anche dell’interesse pubblico all’attuazione della concessione”;*
  - c5) *l’obbligo di dismissione totalitaria si traduce, quindi, “per un verso in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l’attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all’epoca vigenti”, mentre, “per altro verso va a snaturare il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall’amministrazione all’esercizio di attività di interesse pubblico”;*
  - c6) *pur nel perseguimento di legittimi obiettivi riconducibili ad imperativi di matrice euro-unitaria, “il legislatore sembra così avere totalmente pretermesso le contrapposte esigenze di tutela della libertà di impresa ai sensi del sopra citato art. 41 della Costituzione e di mantenimento della funzionalità complessiva della concessione, altre volte invece considerate in funzione limitatrice degli obblighi di dismissione a carico del concessionario senza gara” (con rinvio a quanto prevedevano gli artt. 146 e 253, comma 25, del previgente codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163);*
- d) sotto il profilo della ragionevolezza, poi, la Sezione richiama la possibile violazione anche dell’art. 3, secondo comma, Cost., posto che l’obbligo di dismissione totalitaria *“sembra [...] eccedere i pur ampi limiti con cui la discrezionalità legislativa può essere esercitata”;* al riguardo:
- d1) *è apprezzabile, in capo al privato affidatario, un affidamento sull’integrale esecuzione della concessione, affidamento “che non può essere ritenuto irragionevole o colpevole, tenuto conto della validità del titolo costitutivo all’epoca della sua formazione e dunque dell’inesistenza di cause – anche occulte – di contrarietà delle stesse all’ordinamento interno (cause che diversamente avrebbero*

*potuto legittimare l'annullamento, la risoluzione o la riduzione della durata della concessione)";*

- d2) *si registra, pertanto, uno squilibrio della scelta del legislatore "rispetto alle contrapposte e altrettanto legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività economica in corso di svolgimento";*
- d3) *inoltre, l'obbligo di dismissione imposto dalla legge riguarda indistintamente tutti i concessionari titolari di affidamento senza gara, "indipendentemente dalla effettiva dimensione della struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall'oggetto e dall'importanza del settore strategico cui si riferisce la concessione, oltre che dal suo valore economico e dal fatto che il contratto di concessione fosse ancora in vigore al momento dell'entrata in vigore dell'art. 177 D. Lgs. n. 50 del 2016, ovvero se la concessione fosse scaduta e che versasse in una situazione di proroga, di fatto o meno";*
- e) *viene, poi, sollevato il parametro di cui all'art. 97, secondo comma, Cost., in punto di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; al riguardo, la Sezione osserva che:*
  - e1) *le concessioni cui è riferito l'obbligo di dismissione totalitaria "concernono servizi pubblici essenziali, evidentemente rispondenti a bisogni fondamentali della collettività ed affidati a concessionari privati per l'incapacità strutturale delle amministrazioni pubbliche di gestirli in modo efficiente ed efficace";*
  - e2) *la norma delegante e quella delegata "non risultano contenere alcuna considerazione circa gli effetti di tale obbligo di dismissione sull'efficiente svolgimento di tali servizi pubblici essenziali e sulle possibili ricadute sull'utenza".*

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- f) *con deliberazione n. 614, del 4 luglio 2018, l'ANAC ha approvato le linee guida n. 11, recanti "Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea", pubblicate in Gazzetta Ufficiale n. 178, del 2 agosto 2018; secondo tali linee guida, in particolare:*
  - f1) *"Nel silenzio della legge, la collocazione sistematica dell'articolo 177 nell'ambito della parte III del codice dei contratti pubblici depone per l'applicazione alle fattispecie in esso regolate delle disposizioni contenute in tale parte";*
  - f2) *l'obbligo di esternalizzazione "non si applica alle fattispecie escluse dall'applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici, individuate dall'articolo 164, oltre che ai contratti esclusi ai sensi degli articoli 4-18 del codice*

*dei contratti pubblici*"; in particolare, per effetto della salvezza di quanto disposto dall'art. 7 del codice (salvezza che è affermata nell'*incipit* dell'art. 177), secondo le linee guida tale obbligo non vale:

- per le concessioni nei settori speciali aggiudicate a un'impresa collegata o a una *joint-venture*, alle condizioni previste dal comma 2 del medesimo articolo;
- per gli appalti nei settori speciali che l'ente aggiudicatore, titolare di una concessione assoggettata all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici, affida ad un'impresa collegata o a una *joint-venture* per l'esecuzione della concessione medesima, alle condizioni previste all'articolo 7, comma 2 del codice dei contratti pubblici. *"La condizione qui descritta"*, precisano le Linee Guida, *"si realizza, ad esempio, nel caso in cui, nei settori speciali, un concessionario affida una concessione ad un soggetto terzo, riservandosi l'esecuzione di parte delle prestazioni e decide poi di appaltare a un'impresa collegata uno specifico contratto attuativo della concessione. In tal caso, sebbene la concessione sia assoggettata all'articolo 177, essendo carente il presupposto soggettivo della deroga prevista dall'articolo 7, i contratti attuativi affidati al ricorrere dei presupposti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma citata sono esclusi dall'applicazione del regime speciale dettato dall'articolo 177 del codice dei contratti pubblici"*;

g) sulle linee guida n. 11 dell'ANAC, cfr. il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1582, del 20 giugno 2018 (in *Foro amm.*, 2018, 989, solo massime), secondo il quale:

- g1) la previsione dell'art. 177 *"costituisce lo svolgimento del criterio direttivo previsto dall'art. 1, comma 1, lett. iii) della legge di delega n. 11/2016"* il quale, *"sviluppando ulteriormente una previsione già in essere per i soli concessionari autostradali, l'ha contestualmente estesa a tutti i concessionari di lavori o di servizi pubblici di importo superiore a 150.000 euro, che non siano stati selezionati a mezzo di project financing o di procedure di evidenza pubblica conformi al diritto dell'Unione"*;
- g2) quanto all'operatività della previsione, *"L'affidamento diretto è la condizione sufficiente per l'operatività della norma, non essendo necessario indagare se esso sia stato o meno legittimato da fonti primarie"*, rimanendo estranea la logica della sanzione e perseguendo, la norma, l'intento *"di adeguare, seppur in via mediata e indiretta, l'originario rapporto concessorio al mutato approccio alla 'concorrenza per il mercato', fatto proprio dal medesimo per il tramite del recepimento della direttiva 2014/23/UE e soprattutto dei principi generali della Costituzione e del Trattato, in modo da restituire al mercato quelle quote di lavori,*

*servizi e forniture per lungo tempo affidate senza l'uso di procedure ad evidenza pubblica, atteso il regime previgente al codice, al riparo dalla competizione, senza con ciò incidere sull'esistenza e la durata dell'originaria concessione, in un logica che può dirsi riequilibratrice e non sanzionatoria”;*

- g3) *circa l'applicabilità dell'art. 177 ai concessionari privati, “Il fatto che i privati siano soggettivamente esclusi dall'applicabilità del codice dei contratti, non toglie che essi possano essere stati affidatari diretti di opere o servizi di titolarità pubblica, e che quindi, ai circoscritti fini dell'art. 177, debbano essere considerati quali stazioni appaltanti”;*
- g4) *relativamente al rapporto tra l'art. 177 e il richiamato art. 7 del medesimo codice dei contratti pubblici – il primo dei quali, come detto, si apre con una previsione di salvezza di quanto disposto dal secondo –, deve essere condivisa la conclusione secondo cui i contratti previsti dall'art. 7 sono esclusi dall'applicazione del codice e, quindi, anche dell'art. 177, conclusione “che però deve essere condotta ad ulteriori conseguenze, per dare un significato concreto e non semplicemente formale alla salvezza contenuta nel primo inciso dell'art. 177. A tale proposito, oltre al significato di esclusione soggettiva dall'art. 177 [...], ad avviso della Commissione speciale la salvezza dell'art. 7 induce altresì un significato di esclusione oggettiva, cioè riferita ai contratti attuativi. Pertanto, nell'ambito dei settori speciali, nel caso in cui il concessionario sia in astratto sottoposto all'art. 177 (cioè non rientri nella esclusione soggettiva), i contratti attuativi che egli stipuli con le collegate sono esclusi dal computo della quota obbligatoria. Essi, in sostanza, sono sempre ‘salvi’, anche oltre il limite del 20%. Se questo non fosse il senso della specifica ‘salvezza’ dell'art. 7 fatta dall'incipit del 177, cioè riferita anche alle esclusioni oggettive, essa sarebbe inutiliter data, poiché la esclusione soggettiva di tali concessionari deriva già direttamente dalla interpretazione sistematica adottata ai par. 3 e 3.1 del presente parere”;*
- g5) *quanto alla individuazione dei contratti attuativi da includere nella percentuale obbligatoria di esternalizzazione o da escludere oggettivamente dall'art. 177, relativamente alla questione se la soglia indicata (150.000 euro) ai fini applicativi, sia unicamente riferita al valore dell'originaria concessione, ovvero all'importo dei contratti a valle che il concessionario ha l'obbligo di stipulare in adempimento del dovere di esternalizzazione, appare “senz'altro corretta [...] la soluzione sposata dalle Linee guida in esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione*

*del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti (a partire, quindi, dal suo art. 36) e dalla regolazione dell'ANAC";*

h) ancora in tema di corretta individuazione dei soggetti esclusi dall'obbligo di esternalizzazione, a norma dell'art. 177 del codice, cfr. Cons. Stato, sezione II, parere 13 luglio 2018, n. 1823, il quale – partendo dal presupposto, affermato nel precedente parere della Commissione speciale n. 1582 del 2018, cit., secondo cui *"è condivisibile la scelta di sottrarre alla applicazione dell'art. 177, e quindi anche agli obblighi di esternalizzazione e di conseguente sottoposizione dei contratti a procedure di evidenza, di cui all'art. 177 cit, le fattispecie concessorie che lo stesso codice dei contratti, in via generale (art. 5 – 18) e particolare (art. 164), esclude dalla applicazione del codice stesso"* – ha in proposito rimarcato che:

h1) tale scelta (come già affermato dal parere n. 1582) *"corrisponde alla logica secondo la quale sarebbe irragionevole imporre procedure di evidenza, nella logica riequilibratrice sopra segnalata, quando lo stesso codice, in relazione a tali fattispecie, testimonia l'attuale estraneità o impermeabilità ai principi di evidenza";*

h2) di conseguenza, ai fini di individuare i soggetti esclusi dall'obbligo ex art. 177, rimane all'interprete *"un unico e residuo compito: quello di discernere, fra i concessionari, quelli che sono stati destinatari di un affidamento diretto che ad oggi è conforme al diritto interno e al diritto UE in ragione delle specifiche deroghe che tali ordinamenti consentono";*

h3) pertanto, una volta scrutinata la fattispecie "base" (esclusione o meno dalla disciplina del codice dei contratti), *"se ne potranno dedurre gli effetti sulla fattispecie "derivata" (esclusione o meno dagli obblighi di cui all'art.177)";*

h4) per l'effetto, nel caso di specie, si è giunti alla conclusione secondo cui l'affidamento a Terna s.p.a. delle concessioni del servizio di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica – proprio perché tale affidamento *"può dirsi conforme alla normativa europea condensata nell'art. 10 della direttiva concessioni"*, essendo Terna *"un'impresa pubblica che opera in uno dei settori speciali disciplinati dagli art. 115 e ss. del codice dei contratti pubblici, sulla base di un diritto esclusivo che la legge riserva allo Stato (ossia all'amministrazione concedente)"* –, non è soggetto all'obbligo di esternalizzazione derivante dall'art. 177;

h5) a diverse conclusioni, tuttavia, deve giungersi *"per i concessionari del servizio di distribuzione dell'energia elettrica. In questo caso le norme di settore non hanno*

*previsto un diritto esclusivo, essendosi limitate unicamente a prevedere un ambito territoriale ottimale di esercizio del servizio di distribuzione in regime di concessione, al dichiarato fine di meglio 'razionalizzare la distribuzione dell'energia' (art. 9 comma 3), nonché ad autorizzare la prosecuzione dei rapporti concessori in corso, in regime di moratoria, sino al 2030, salva l'applicazione dei principi di evidenza pubblica per le future concessioni da rilasciare dal 2030 in poi", con la conseguenza che tale fattispecie "non rientra nell'art. 10 della direttiva concessioni, né nell'art. 9 del codice dei contratti pubblici. Per l'effetto essa soggiace alla disciplina dell'art 177 e agli obblighi che ne conseguono";*

- i) rispetto alla previgente disposizione di cui all'art. 253, comma 25, del d.lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo di esternalizzazione non riguarda, come accadeva in passato, solo i lavori, ma è oggi esteso anche ai servizi ed alle forniture; per la disciplina previgente, riferita proprio al comma 25 cit., cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza 3 ottobre 2014, n. 4949 (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 58, con nota di REGGIO D'ACI), pronunciata nei confronti della società concessionaria per le autostrade, secondo cui appariva *"chiara e incontestabile l'intentio legis di circoscrivere per le società concessionarie autostradali l'applicazione della normativa di cui al d.lgs. n. 163/2006 ai soli appalti di lavori, e quindi di escluderla per gli appalti di servizi e forniture"*;
- j) per la tesi che afferma la portata non immediatamente lesiva delle linee guida n. 11, in quanto esse assolverebbero solo *"allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei"*, cfr. – oltre alla sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 9309 del 2019, già citata, oggetto di riforma con la sentenza non definitiva qui in rassegna – anche T.a.r. per il Lazio, sezione I, sentenza 18 giugno 2019, n. 7934, secondo cui:
  - j1) il potere dell'ANAC di emanare direttive nella materia di che trattasi *"deve intendersi limitato alla sola individuazione delle modalità di verifica e calcolo delle percentuali di esternalizzazione imposte dall'art. 177, comma 1"*;
  - j2) mediante l'art. 177 del codice il legislatore ha *"inteso prevenire le difficoltà che si sono registrate nell'ambito delle concessioni autostradali, in relazione alle quali già da anni è entrato in vigore il sistema che impone la parziale esternalizzazione dei lavori posti a carico dei concessionari, secondo percentuali che, tra l'altro, hanno anche subito variazioni nel corso del tempo ed in costanza della medesima concessione. Nell'ambito di tale settore, ad esempio, si è verificato che il MIT abbia talora imposto il rispetto delle percentuali su un arco di tempo quinquennale, altre volte, invece, su un arco di tempo più ridotto, e tutto ciò a fronte della mancanza di specifiche indicazioni in tal senso nelle convenzioni e, dunque, nel disaccordo con il concessionario, che riteneva che il rispetto delle percentuali di esternalizzazione*

*dovesse essere verificato solo a fine concessione, confrontando i valori complessivi degli importi dei contratti esternalizzati e di quelli affidati 'in house'";*

- j3) la mancanza di immediata lesività delle linee guida sussisterebbe anche per la parte II delle linee guida, pur auto qualificatasi "vincolante", con la quale sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari anche in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione; ciò, in quanto "gli operatori economici che ritengano di non doversi adeguare alle indicazioni ivi contenute in ragione della peculiarità del rapporto concessorio non incorrono immediatamente nella sanzione";
- k) per ulteriore giurisprudenza in materia di obbligo di esternalizzazione, cfr.:
- k1) Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18674 (in *Giust. civ. Mass.*, 2019), secondo cui "In tema di contratti ad evidenza pubblica, il comma 1 dell'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016 – che, nel testo applicabile *ratione temporis*, prevede (salvo alcune eccezioni) l'obbligo, gravante sui soggetti pubblici e sui privati già titolari di concessioni, di affidare almeno l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, utilizzando la procedura dell'evidenza pubblica – si applica anche ai concessionari autostradali, sostituendosi all'art. 11, comma 5, lett. c), della legge n. 498 del 1992 – che, limitatamente a questi ultimi, sanciva detto obbligo solo per l'affidamento di lavori – essendo la nuova disposizione immediatamente operativa, come si evince dal successivo comma 2 dello stesso art. 177 citato, che prevede un termine da intendersi come finale, e non iniziale, entro il quale raggiungere la sopra indicata soglia percentuale; pertanto, i concessionari autostradali sono tenuti al rispetto dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti ivi indicati sin dall'entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 e le controversie riguardanti le relative procedure sono attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010";
- k2) Cons. Stato, sez. V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3703 (in *Foro amm.*, 2017, 1567, solo massima), secondo cui "L'obbligo di evidenza pubblica previsto dall'art. 177, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per i soggetti pubblici e privati titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici nei limiti di quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso codice - previsto dal successivo comma 2 in relazione alle concessioni in essere per adeguarsi - è soltanto un termine finale, entro (e non a partire da) il quale deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% di contratti affidati mediante gara; la conseguenza è che, mano a mano

*che i precedenti contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono, sin da subito, essere affidati mediante gara”;*

- l) in dottrina, sull’obbligo di esternalizzazione di cui all’art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché su analoghe fattispecie oggetto della previgente legislazione, cfr.: C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495 ss.; C. GUCCIONE, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali considerati organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 906 ss.; U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, diretto da F. CARINGELLA, P. MANTINI e M. GIUSTINIANI, Roma, 2016; E. QUADRI, *Affidamenti dei concessionari*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, V, Milano, 2019, 147 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1814 ss.;
- m) sul parametro della razionalità intrinseca e sulla sua differenza con la ragionevolezza, anche in relazione alla tecnica di redazione della norma sospetta di incostituzionalità, cfr. la rassegna riportata nella News US n. 72, del 28 giugno 2019, cui si rinvia per ampi riferimenti di giurisprudenza costituzionale e di dottrina; in questa sede, in particolare, quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, si consideri che:
- m1) secondo l’ordinanza 19 giugno 2019, n. 151 (in *Giur. cost.*, 2019, nonché oggetto della già cit. News US n. 72 del 2019 cit.), *“la scarsa comprensibilità della disposizione oggetto di censura non è conseguenza della sua irragionevolezza e non intellegibilità, ma è il frutto del mancato ricorso a un’interpretazione in chiave sistematica della stessa”;*
- m2) dall’art. 3 Cost. la Corte costituzionale ha desunto *“un canone di razionalità della legge svincolato da una normativa di raffronto, essendo sufficiente un sindacato di conformità a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica (sentenza n. 87 del 2012). Il principio di ragionevolezza «è dunque leso quando si accerti l’esistenza di una irrazionalità intra legem, intesa come ‘contraddittorietà intrinseca tra la complessiva finalità perseguita dal legislatore e la disposizione espressa dalla norma censurata’ (sentenza n. 416 del 2000). [In questi casi] il giudizio di ragionevolezza [consiste] in un ‘apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la ‘causa’ normativa che la deve assistere’ (sentenze n. 89 del 1996 e n. 245 del 2007)» (sentenza n. 86 del 2017)”* (così, da ultimo, Corte costituzionale, sentenza 11 gennaio 2019, n. 6, in *Foro it.*, 2019, I, 723, con nota di G. D’AURIA, in *Giur. cost.*, 2019, 19, con note di BUZZACCHI e MONTALDO, in *Riv. corte conti*, 2019, 1, 188, con nota di MORGANTE, ed in *Le Regioni*, 2019, 324, con note di DEMURO e GUELLA);

- m3) in ogni caso, ha precisato la Corte, *“non ogni incoerenza o imprecisione di una normativa può venire in questione ai fini dello scrutinio di costituzionalità (sentenza n. 434 del 2002), consistendo il giudizio di ragionevolezza in un «apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la ‘causa’ normativa che la deve assistere» (sentenze n. 89 del 1996 e n. 245 del 2007) che, «quando è disgiunto dal riferimento ad un tertium comparationis, può trovare ingresso solo se l’irrazionalità o iniquità delle conseguenze della norma sia manifesta e irrefutabile» (sentenza n. 46 del 1993)”* (così sentenza 13 aprile 2017, n. 86, in *Giur. cost.*, 2017, 843, con nota di CHIEPPA);
- n) sul rapporto tra *“norme eccezionali”* e principio di eguaglianza cfr., nella giurisprudenza costituzionale:
- n1) sentenza 2 febbraio 2018, n. 20 (in *Giur. cost.*, 2018, 211, con nota di PESSI), secondo cui *“La disciplina della pensione privilegiata, contraddistinta da una spiccata specialità sul versante oggettivo e soggettivo, non può assurgere a tertium comparationis, idoneo a giustificare l’estensione della normativa derogatoria a tutti i dipendenti pubblici”*;
- n2) sentenza 13 luglio 1994, n. 298 (in *Giust. pen.*, 1994, I, 336), secondo cui la norma con carattere eccezionale *“non può essere assunta come utile termine di raffronto ai fini del giudizio sulla corretta osservanza, da parte del legislatore, del principio di eguaglianza. È infatti costante orientamento di questa Corte che, in presenza di norme generali e di norme derogatorie, in tanto può porsi una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, in quanto si assuma che queste ultime, poste in relazione alle prime, siano in contrasto con tale principio; viceversa, quando si adotti come tertium comparationis la norma derogatrice, la funzione del giudizio di legittimità costituzionale non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare, non l’estensione ad altri casi di quest’ultima”*;
- n3) in termini, Corte cost. 16 giugno 1988, n. 666 (in *Foro it.*, 1988, I, 3655); *id.* 19 maggio 1988, n. 582 (in *Giur. cost.*, 1988, I, 2717); *id.* 29 luglio 1992, n. 383 (in *Cons. Stato*, 1992, II, 1163);
- o) sul rapporto fra principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza si rinvia, inoltre, alla News US n. 55 del 2019, avente ad oggetto T.a.r. per la Toscana n. 600 del 2019 nonché a Corte cost. 21 febbraio 2019, n. 20 (in *Foro it.* 2020, I, 125 con nota di TRAPANI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 393 (m), con nota di TROIANELLO.