Numero 01940/2017 e data 05/09/2017 Spedizione

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

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 21 luglio 2017

NUMERO AFFARE 01266/2017

OGGETTO:
AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

«Linee guida per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016»

LA SEZIONE

Vista la nota prot. n. 88906 del 6 luglio 2017 con la quale il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;
Considerato che nell'adunanza del 21 luglio 2017, presente anche il Presidente aggiunto Gerardo Mastrandrea, la Commissione Speciale ha esaminato gli atti e udito il relatore Consigliere Dario Simeoli;

PREMESSO E CONSIDERATO

1. *Premessa.*

Con nota del 6 luglio 2017, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha trasmesso il documento denominato «Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016», al fine di acquisire il parere del Consiglio di Stato prima della sua adozione definitiva.

2. *Il precedente parere del Consiglio di Stato - Commissione speciale del1° febbraio 2017 n. 282*.
Va premesso che, in data 29 dicembre 2016, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva già trasmesso una precedente stesura delle Linee Guida al Consiglio di Stato, che si è espresso con il parere di Commissione speciale n. 282 del 1° febbraio 2017 n. 282.
Alle considerazioni di tale parere – ivi comprese le affermazioni iniziali sulla efficacia dichiarativa dell'iscrizione nell'elenco istituito presso l'ANAC – si fa integralmente rinvio per un'analisi completa della questione: in questa sede, invece, appare opportuno concentrarsi sugli elementi di novità.
I rilievi formulati con il parere n. 282 del 2017 appaiono integralmente recepiti nel testo oggi in esame. Segnatamente:
- all'interno dei punti 2.1 6.3 e 6.3.3, è stato espunto, tra i possibili indici della presenza del controllo analogo, il riferimento agli «*strumenti di diritto pubblico*» e al «*contratto di servizio*», trattandosi di deroghe al diritto societario non previste dall'ordinamento;
- l'ultimo periodo del punto 6.3 è stato opportunamente modificato per renderlo adeguato alla formulazione, più duttile ed essenziale, utilizzata dall'art. 5 del decreto-legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici);

- al punto 6.3.1, è stato chiarito che i parametri ivi indicati per il riscontro del «*controllo analogo*» sono meramente esemplificativi e non fissano una griglia esaustiva, mentre le «modalità temporali» del controllo analogo sono cumulative;
- ai punti 5.6 e 8.7 è stato aggiunto che i provvedimenti di rigetto dell'iscrizione e di cancellazione dall'elenco sono impugnabili «*innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa*»;
- quanto alcontrollo sul limite "finalistico" dell'*in house*, il punto 6.2 specifica ora che: «*L'Ufficio competente accerta, mediante l'esame dell'atto costitutivo e dello statuto dell'organismo partecipato, che lo stesso abbia come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui all'art. 4, comma 2, lettere a), b) d) ed e) del D.lgs. 175/2016*».

A questo ultimo riguardo, la Commissione speciale suggerisce di modificare la dicitura «*organismo partecipato*» in quella di «*società partecipata*», in considerazione del fatto che il predetto limite "finalistico" è stato introdotto dall'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016 con specifico riguardo a quest'ultima tipologia di ente.

3. *Le ulteriori modifiche delle Linee guida.*

Oltre a recepire i rilievi formulati nel predetto parere n. 282 del 2017, l'ANAC ha introdotto ulteriori aggiornamenti delle Linee guida, sia per tener conto modifiche normative apportate dal decreto-legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (decreto legislativo correttivo al codice dei contratti pubblici), sia per apportare taluni accorgimenti procedurali utili per il miglior funzionamento del sistema di gestione dell'Elenco.

Di seguito, tali profili di novità saranno partitamente esaminati.

a) *Il contenuto dell'elenco.*

Al punto 2.1. – che indica le informazioni contenute nell'Elenco – è stato eliminato il riferimento, di cui alla precedente lettera *d*) n. 12, alla clausola statutaria che

impone il rispetto del requisito dell'attività prevalente (produzione "internalizzata" inferiore ad oltre l'80 per cento del fatturato).

Nella nota del Presidente dell'ANAC allegata alla seconda richiesta di parere, tale scelta viene giustificata in ragione del fatto che il precedente n. 11 – riferito tuttavia al requisito del controllo analogo – già richiama tra le informazioni che vanno inserite nell'elenco, al secondo trattino, le "*clausole statutarie*" dell'organismo *in house*.

In verità, la motivazione addotta non appare pienamente convincente. Le "*clausole statutarie*" che prevedono i dispositivi necessari alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo (attribuendo ai soci poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori) ben possono avere un oggetto diverso rispetto a quelle che devono invece prescrivere gli anzidetti limiti di fatturato.

Peraltro, al punto 6.5. delle stesse Linee guida si legge: «*L'ufficio competente accerta che lo statuto dell'organismo partecipato preveda che oltre l'80% del proprio fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale dell'organismo* in house».

In definitiva, questa Commissione ritiene che possa non essere sufficiente far riferimento alle sole clausole statutarie relative al controllo analogo, e che sia opportuno integrare le informazioni contenute nell'Elenco con specifico riferimento alla clausola statutaria che impone il rispetto del requisito dell'attività prevalente.

b) Presentazione della domanda.

Al punto 4.1, si legge che «*La domanda di iscrizione è presentata, a pena di inammissibilità, dal Responsabile dell'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti (cd. RASA) su delega delle persone fisiche deputate ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente*».

Nella nota del 6 luglio 2017, tale modifica viene giustificata in ragione del fatto che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di iscriversi presso l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (di seguito AUSA), ai sensi dell'art. 33-*ter*del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 («Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese»), convertito con legge n. 221 del 2012. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore che intende richiedere l'scrizione all'Elenco deve essere necessariamente iscritta in AUSA.

Su queste basi, la prescrizione secondo cui la domanda di iscrizione deve essere presentata – su delega degli interessati – dal Responsabile dell'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti, appare a questo Consiglio di Stato una soluzione procedurale opportuna, in quanto idonea a semplificare le procedure di accreditamento.

c) Controllo congiunto

Il punto 7.1 delle linee guida è stato integrato con la seguente previsione: «*In caso di inerzia e/o ritardo dell'ente istante a comunicare le variazioni circa la composizione del controllo analogo congiunto, l'Ufficio può procedere alle variazioni anche su iniziativa degli altri enti partecipanti alla compagine che esercita il controllo analogo congiunto sull'organismo* in house».

La Commissione, anche in tal caso, non ha rilievi da formulare.

In caso di controllo congiunto, deve essere presentata una sola domanda riferita a tutti i soggetti interessati all'iscrizione (punto 4.3), cosicché appare opportuno scongiurare i problemi che possono sorgere a causa di possibili ritardi nella comunicazione delle variazioni di assetto.

d) La cancellazione dall'elenco e la revoca degli appalti.

La precedente formulazione del punto 8.8 prevedeva che, dalla data di cancellazione dall'elenco: «*[…] i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice. La continuità del servizio può essere garantita disponendo*

che, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, l'esecuzione del contratto prosegua da parte dell'organismo controllato».

La Commissione speciale del 1° febbraio 2017 n. 282 aveva rilevato che: «[l]a disposizione […] non gode della necessaria copertura legislativa. Il legislatore non assegna all'ANAC un potere di diretto di annullamento straordinario dell'affidamento disposto senza gara o di revoca dei contratti già stipulati, ma il diverso potere di raccomandazione, finalizzato alla rimozione dell'atto illegittimo da parte della pubblica amministrazione che lo abbia adottato (articolo 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici; sulla natura giuridica dell'istituto della raccomandazione, si rinvia al parere reso dalla Commissione speciale di questo Consiglio 28 dicembre 2016, n. 2777 sullo schema di regolamento di attuazione predisposto dall'ANAC). È quindi necessario eliminare il secondo periodo del punto 8.8 e i precetti che trovano fondamento sull'atecnica e irrituale fattispecie di revoca del contratto ivi prevista, introducendo una norma che richiami il potere dell'ANAC di verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione di una raccomandazione vincolante, ex articolo 211, comma 2, cit., finalizzata all'eliminazione dell'affidamento *contra legem* […]».

Nelle more, il legislatore – facendo proprie le preoccupazioni espresse da questo Istituto con il parere 21 marzo 2016, n. 855 – ha abrogato il c.d. potere di raccomandazione vincolante (così l'art. 123, comma 1, lettera *b*, del d.lgs. n. 56 del 2017) e ha introdotto (con l'art. 52-*ter*, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2017, n. 50) all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici i seguenti commi, da 1-*bis* a 1-*quater*: «1-*bis*. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-*ter*. L'ANAC, se ritiene che una

stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. 1-*quater*. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter*».

Coerentemente con le nuove previsioni normative, i punti 5.7 e 8.8 delle Linee guida – riferiti, rispettivamente, ai casi in cui l'ANAC accerta l'assenza dei requisiti di legge che devono essere posseduti per l'iscrizione nell'Elenco e quelli in cui ne dispone la cancellazione per la sopravvenuta carenza di tali requisiti – sono stati adeguati prevedendo, in luogo dell'esercizio del potere di raccomandazione vincolante (oramai abrogato), l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del Codice dei contratti pubblici.

Il potere di impugnativa, nella nuova formulazione delle Linee guida, è espressamente riferito «*ai contratti già aggiudicati mediante il modulo dell'*in house providing».

Sennonché, appare più conforme al sistema di riparto vigente che l'oggetto della impugnazione sia l'atto amministrativo di affidamento diretto della concessione o dell'appalto pubblico – la norma, del resto, nello specificare gli atti impugnabili dall'ANAC, fa riferimento, infatti, ai bandi, agli altri atti generali, insieme ai provvedimenti singolari – e che la patologia del contratto resti disciplinata secondo la tassonomia prefigurata dalle apposite norme in tema di risoluzione (art. 108 del

codice), recesso (art. 109 del codice) e inefficacia (art. 121 c.p.a.). Va, invece, rimessa alla giurisprudenza l'individuazione, caso per caso, delle condizioni in presenza delle quali l'ANAC potrà ottenere l'invalidazione o la dichiarazione di inefficacia del contratto.

Appare opportuno quindi modificare i punti 5.7 e 8.8 delle Linee guida nel seguente modo: «*Avverso i pregressi affidamenti diretti di appalti e concessioni, l'Autorità può esercitare i poteri di cui all'art. 211, commi 1*-bis *e 1*-ter*, del Codice dei contratti pubblici*».

e) Disposizioni transitorie

Quanto alla posticipazione del termine per l'avvio della presentazione della domanda di iscrizione nell'Elenco, di cui al punto 9.2, questa Commissione speciale non ha osservazioni da formulare.

P.Q.M.

Nei termini esposti è il parere favorevole con osservazioni della Commissione speciale.

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO
Maria Luisa Salvini