

Numero 03235/2019 e data 27/12/2019 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 19 dicembre 2019

NUMERO AFFARE 01655/2019

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Linee guida recanti indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali.

LA SEZIONE

Vista la nota 14 novembre 2019, prot. n. 91029, con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

1. La richiesta di parere.

Con nota 14 novembre 2019, prot. n. 0091029, il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) ha sottoposto al parere del Consiglio di Stato lo schema di Linee Guida recanti

“Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”, alla luce delle disposizioni del d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. 56/2017 nonché dal d.lgs. 117/2017.

La documentazione in atti è corredata da una relazione AIR in cui sono riportati: il quadro normativo di riferimento, gli obiettivi d'intervento dell'Autorità, la descrizione degli indicatori che consentiranno di verificare il grado di raggiungimento di questi ultimi e l'attuazione dell'intervento nell'ambito della VIR. Nella relazione AIR sono esaminate le principali osservazioni formulate da parte degli *stakeholder* intervenuti e pervenute nel corso dello svolgimento di una consultazione pubblica in modalità aperta.

L'Autorità riferisce che lo schema di linee guida è stato predisposto ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici al fine di superare le criticità derivanti dal mancato coordinamento tra la disciplina del terzo settore e la normativa dei contratti pubblici.

Secondo l'ANAC, le linee guida perseguirebbero lo scopo di fornire delle indicazioni operative non vincolanti alle stazioni appaltanti tramite la diffusione di buone pratiche nell'affidamento dei servizi sociali. Il presidente dell'ANAC ha dunque ritenuto opportuno acquisire il parere del Consiglio di Stato anche per la chiarificazione delle questioni interpretative emerse in occasione di tale intervento regolatorio.

Per il tramite del richiamo all'orientamento sostenuto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018), l'Autorità ha prospettato una ricostruzione della sfera di applicabilità della disciplina di matrice eurounitaria in materia di pubblici lavori, servizi e forniture fondata sulla

distinzione tra le fattispecie assoggettate alle norme del codice dei contratti pubblici, quelle estranee nonché quelle escluse dall'operatività di quest'ultimo.

Con riguardo agli affidamenti inclusi nel perimetro di rilevanza del d.lgs. 50/2016, le linee guida offrono indicazioni in materia di programmazione e progettazione del servizio, aggregazione e centralizzazione delle committenze, rotazione degli affidamenti, proroga tecnica e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Riferisce la scrivente amministrazione che l'esigenza di determinare i profili caratterizzanti dei singoli istituti e di favorire l'individuazione di criteri univoci per l'esercizio delle scelte discrezionali delle stazioni appaltanti ha orientato la formulazione di ulteriori indirizzi interpretativi con riguardo ai regimi derogatori di cui agli articoli 112, comma 1, e 143, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

Inoltre, lo schema di linee guida in esame ritiene di poter fornire delle indicazioni applicative in merito ad alcuni istituti previsti dal codice del terzo settore e dalla normativa speciale e, in specie, alle convenzioni con le associazioni di volontariato e di promozione sociale *ex* articolo 56 del codice del terzo settore, ai provvedimenti di autorizzazione e accreditamento, alla co-programmazione e alla co-progettazione.

Da ultimo, l'ANAC riferisce che, ai sensi dell'articolo 19 della direttiva 2014/23/UE, *“le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e*

dagli articoli 32, 46 e 47". L'Autorità rileva altresì che, sulla base di tale previsione, *"sembrerebbero doversi applicare, alle concessioni di servizi sociali, soltanto gli istituti espressamente richiamati"*. Tuttavia l'amministrazione – dopo aver ricostruito il quadro normativo vigente sia per gli appalti sia per le concessioni – chiede l'avviso del Consiglio sull'opzione interpretativa accolta dal paragrafo 1.6 dello schema di linee guida, con cui è *"stata proposta una soluzione in linea con le previsioni del Codice"*. Nel citato paragrafo si stabilisce che *"alle concessioni di servizi sociali si applicano le disposizioni indicate all'articolo 164 del codice dei contratti pubblici"*.

2. Le linee guida dell'ANAC e il nuovo regolamento unico di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del d.lgs. 50/2016.

L'originario progetto di recepimento nell'ordinamento interno della disciplina eurounitaria in materia di regolazione del mercato dei contratti pubblici (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) includeva nel complesso novero di funzioni attribuite all'ANAC la *"adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante"* [articolo 1, comma 1, lettera t), della l. 11/2016]. La medesima norma manteneva poi ferma *"l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa"*.

I principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega legislativa trovano tuttora attuazione nella disposizione generale di cui all'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016, secondo cui l'ANAC esercita funzioni di promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti *"attraverso linee guida, bandi-*

tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati". Oltre a recepire le indicazioni del legislatore delegante in ordine al regime di impugnabilità degli atti dell'Autorità, il medesimo comma 2 dell'articolo 213, *"al fine di non confinare l'attività di rule making in una dimensione - per così dire - 'statica', ma di conferirle un ruolo dinamico e duttile rispetto all'evoluzione del sistema"* (Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 966 del 13 aprile 2018), richiede che il procedimento di deliberazione delle suddette linee guida sia integrato dall'osservanza delle tecniche di consultazione dei potenziali destinatari dell'intervento, nonché di analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione. All'ANAC è inoltre conferito il compito di soddisfare le esigenze di adeguata pubblicità dei provvedimenti e di provvedere al progressivo riordino degli stessi in testi unici integrati, *"in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla l. n. 11 del 2016 e dal presente codice"*. I plurimi riferimenti alla portata integrativa e attuativa delle linee guida per la definizione del contenuto precettivo di singole norme del codice dei contratti pubblici completavano inoltre il quadro dei poteri di regolazione riconosciuti all'ANAC nel settore degli affidamenti di pubblici lavori, servizi e forniture.

Alla luce del delineato sistema di funzioni attribuite all'Autorità, il Consiglio di Stato, in occasione dell'istituzione della Commissione speciale per l'esame dello schema di decreto legislativo recante il nuovo codice dei contratti pubblici, con parere n. 855 del 1 aprile 2016, ha ritenuto di poter enucleare tre distinte specie di linee guida:

linee guida adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari;

linee guida adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*;

linee guida adottate dall'ANAC a carattere non vincolante, alle quali dovrebbe assegnarsi un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti ed operatori economici.

Tale ricostruzione non mancava tuttavia di suscitare significative perplessità in merito ai criteri di distinzione tra gli atti connotati dall'obbligatorietà delle scelte di regolazione e quelli intesi a suggerire opzioni interpretative o pratiche applicative utili alla risoluzione delle questioni emerse nel corso delle procedure di affidamento.

Prescindendo dalle linee guida recepite con decreto ministeriale, quanto alle altre, alle tesi secondo cui il tenore letterale dell'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016 non avrebbe consentito di riconoscere alle linee guida alcun valore vincolante, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, si opponevano quanti, valorizzando l'opportunità di una valutazione casistica, affermavano l'intrinseca efficacia obbligatoria degli atti che avessero trovato espressione in precetti attuativi o integrativi della fonte primaria.

Tale ricostruzione del contenuto dei poteri di regolazione esercitabili dall'ANAC in materia di affidamento dei contratti pubblici richiede oggi un puntuale adeguamento alle modifiche normative intervenute con il d.l. 32/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. 55/2019.

A seguito dell'introduzione del nuovo comma 27-*octies* dell'articolo 216 del d.lgs. 50/2016, infatti, la categoria delle linee guida

vincolanti appare significativamente ridimensionata dalla prospettata adozione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della l. 400/1988, di *“un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione”* del codice dei contratti pubblici. Al regolamento sarà in particolare affidata la disciplina delle seguenti materie: *“a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali”*. A conferma del subingresso della fonte regolamentare nell'ambito oggettivo di intervento dell'originario potere di regolazione vincolante dell'ANAC, la norma in commento stabilisce la perdita di efficacia delle linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016 vertenti sulle materie suindicate o comunque recanti una disciplina incompatibile con le disposizioni del regolamento unico.

Fino alla data di entrata in vigore di quest'ultimo, si dispone la transitoria conservazione degli effetti delle linee guida e dei decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2.

Deve tuttavia rilevarsi che l'intervento regolamentare di cui al

nuovo comma 27-*octies* non investa la totalità delle norme del codice dei contratti pubblici il cui contenuto precettivo può essere attuato o integrato dall'ANAC con linee guida vincolanti. Non muta infatti la formulazione dell'articolo 80, comma 13, del d.lgs. 50/2016, secondo cui è rimessa all'ANAC la precisazione dei mezzi di prova e delle specifiche carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto strumentali alla dimostrazione dei gravi illeciti professionali di cui al comma 5, lettera c), del medesimo articolo 80. Parimenti, risultano inalterati i poteri dell'Autorità con riguardo sia alle procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto (articolo 110, comma 6, del d.lgs. 50/2016), sia al monitoraggio dell'Amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (articolo 181, comma 4, del d.lgs. 50/2016).

Alla luce del delineato quadro normativo, deve pertanto concludersi che, a seguito degli interventi di riforma previsti dal d.l. 32/2019, convertito, con modificazioni, dalla l. 55/2019, il potere di adottare linee guida vincolanti sia limitato alle residue ipotesi in cui le norme del codice dei contratti pubblici espressamente rinviino all'apporto attuativo o integrativo dell'Autorità.

Permane invece la facoltà dell'ANAC di suggerire soluzioni interpretative o prassi applicative attraverso gli strumenti di regolazione flessibile non muniti di efficacia obbligatoria previsti dall'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016.

Coerentemente a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, sezione I, con parere n. 2627 del 17 ottobre 2019, l'intervento delle linee guida non vincolanti – e il corrispondente potere dell'ANAC in materia di appalti e concessioni – deve ammettersi con riferimento alle

disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ivi comprese le concessioni) o l'esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori del perimetro ora indicato, l'ANAC abbia il potere di adottare linee guida, seppur di tipo non vincolante.

Giova aggiungere che le disposizioni in materia di procedure di affidamento o quelle relative all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – rispetto alle quali si giustifica il potere di adottare linee guida non vincolanti – possono essere contenute sia nel Codice dei contratti pubblici sia in altri testi normativi a condizione che riguardino le materie ora indicate (*“...è vero che l'art. 32 cit. si trova in un corpo legislativo diverso dal codice degli appalti ma è altrettanto vero che tale disposizione si occupa di un aspetto, seppur particolare, dell'esecuzione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni e conseguentemente non vi sono ostacoli all'adozione di linee guida non vincolanti da parte dell'Anac...”*, Consiglio di Stato, Sezione I, parere n. 2627 del 17 ottobre 2019). Tale conclusione si impone infatti alla luce dello stesso articolo 213 del codice di contratti pubblici, il quale, per un verso, dispone che *“l'Autorità vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali”* (comma 3, lettera a); per altro verso, con norma di carattere generale, prevede che *“l'attività di regolazione”* dei contratti pubblici è esercitata dall'ANAC *“nei limiti di quanto stabilito dal presente codice”* (comma 1).

Le conclusioni cui ora si è pervenuti riguardano esclusivamente i poteri dell'ANAC riferibili al settore dei contratti pubblici; la Sezione, invece, non ritiene di dover (né di potere) estendere

l'indagine agli altri poteri, anche regolamentari, attribuiti all'ANAC in differenti materie (trasparenza, anticorruzione, ecc.).

Tutto ciò premesso, la Sezione reputa necessario e opportuno restituire all'Autorità richiedente la bozza di Linee guida al fine di: verificare la compatibilità delle linee guida con le disposizioni del predetto regolamento unico, in considerazione del fatto che alcuni istituti trattati nelle linee guida saranno oggetto di disciplina da parte del predetto regolamento; regolamento quest'ultimo che dovrebbe essere adottato entro centottanta giorni dall'entrata in vigore del già citato articolo 216, comma 27 *octies*, Codice. L'ANAC, a tal fine, potrà prendere in considerazione il testo pubblicato sulla gazzetta ufficiale anche se non ancora entrato in vigore;

rivedere le linee guida – considerato anche quanto affermato nel parere della Prima Sezione di questo Consiglio n. 2627 del 17 ottobre 2019 nonché al paragrafo 2 del presente parere – con riferimento alle norme e agli istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore che non possono rientrare nel campo di operatività delle linee guida non vincolanti.

3. Risposta al quesito formulato

Occorre ora rispondere allo specifico quesito relativo all'estensione del regime applicabile alle concessioni di servizi sociali in relazione a quanto previsto dall'articolo 19 della direttiva 2014/23/UE (*“Le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47”*). L'ANAC, ritenendo che *“l'esclusione delle concessioni di servizi sociali dall'ambito di applicazione del codice comporterebbe la*

necessità di rimettere ad atti interni delle stazioni appaltanti l'intera regolazione di elementi fondamentali dell'istituto e, in specie, tutta la disciplina contenuta nella parte III del codice per le concessioni di servizi”, per evitare un vuoto normativo, ha individuato una soluzione al paragrafo 1.6 di queste linee guida, in base al quale “alle concessioni di servizi sociali si applicano le disposizioni indicate all’articolo 164 del codice dei contratti pubblici”.

Questa soluzione deve essere rimeditata. L’articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici dispone al quarto periodo che *“l’ANAC, per l’emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell’impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”.* L’articolo 1, comma 1, lett. a), della legge n. 11 del 2016 individua, tra i criteri e i principi direttivi per il legislatore delegato, il *“divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive”,* come definiti dall’articolo 14, comma 24-ter, lett. b), della legge 28 novembre 2005, n. 246, ai sensi del quale *“costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie:[...]l’estensione dell’ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari”.*

Pertanto, il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi (c.d. *gold plating*) esclude l'applicabilità di una disciplina aggravata introdotta attraverso le linee guida.

Tale conclusione risulta confermata anche in relazione al caso di specie. Ed invero se, per un verso, è vero che si tratta di linee guida non vincolanti, per altro verso, è altrettanto vero che le stesse, anche alla luce della giurisprudenza della Sezione, per essere disattese richiedono che l'amministrazione specificamente motivi la ragione per cui decide di discostarsene. Si tratta dunque di atti provenienti da un'Autorità, particolarmente qualificata, con la conseguenza che devono mantenersi nell'ambito della cornice delineata dalle direttive e dal legislatore.

P.Q.M.

Nei termini suesposti è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio