

Numero 01152/2018 e data 02/05/2018 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 17 aprile 2018

NUMERO AFFARE 00547/2018

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee guida 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”.

LA COMMISSIONE SPECIALE del 17 aprile 2018

Vista la nota del 14 marzo 2018, prot. n. 3821, con la quale il Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione ha trasmesso lo schema delle Linee guida in oggetto al fine di acquisire il parere del Consiglio di Stato;

Visto il decreto 20 marzo 2018, n. 33, con il quale il Presidente del Consiglio di Stato ha istituito una Commissione speciale per l’esame dell’affare;

Visti i contributi fatti pervenire dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da Utilitalia –imprese acqua ambiente energia e dalla Aiscat;

Esaminati gli atti e uditi i relatori, consiglieri Nicola Gaviano e Giulio Veltri, la Commissione speciale esprime le seguenti considerazioni.

Premesso:

La richiesta di parere concerne le Linee guida predisposte dall'ANAC in attuazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici.

Considerato:

La Commissione ravvisa l'esigenza di approfondire il confronto con l'Autorità richiedente, attraverso una richiesta di chiarimenti su alcuni punti dell'articolato sottoposto al proprio esame.

1 Un primo aspetto suscettibile di approfondimento riguarda il rapporto tra gli artt. 177 e 7 del codice dei contratti pubblici.

Il primo di essi si apre, come noto, con una previsione di salvezza di quanto previsto dal secondo.

E l'art. 7 stabilisce che, in presenza delle condizioni fissate dal proprio comma 2, il codice non si applica alle concessioni né agli appalti aggiudicati nei settori speciali a un'impresa collegata con l'ente o gli enti aggiudicatori, per svolgere le attività descritte agli articoli da 115 a 121 e di cui all'allegato II.

Lo schema di Linee guida trasmesso richiama debitamente tale esclusione, ma non chiarisce, alla luce di una interpretazione più approfondita di tale predicata salvezza, quale sia il regime giuridico dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture "*relativi alle concessioni*" che il concessionario debba appunto stipulare per la esecuzione di questa. In altri termini, se anche questa particolare categoria di concessionari rientri nella applicazione dell'art. 177 al fine di esternalizzare obbligatoriamente e attraverso procedure ad evidenza pubblica l'ottanta (o sessanta) per cento dei detti contratti.

Da qui l'opportunità di acquisire, in proposito, elementi esplicativi da parte dell'Autorità.

2 Un secondo aspetto meritevole di una più articolata disamina è di diritto transitorio.

Il paragr. 3.1 delle Linee guida nel suo secondo periodo recita:

“L’adeguamento è effettuato man mano che i contratti in essere vengono a scadenza”

Questa proposizione potrebbe essere intesa, almeno in se stessa, nel senso che l’entrata in vigore dell’art. 177 del codice non produca alcun impatto, nemmeno di tipo differito, sull’efficacia dei contratti in corso, al tempo, in capo ai concessionari: contratti che potrebbero vedere, quindi, confermata la loro vigenza fino alla loro naturale scadenza, anche ove questa si collochi oltre il biennio che il comma 2 dell’art. 177 assegna per l’adeguamento al relativo comma 1 (preetto che si renderebbe pertanto applicabile ai soli contratti autonomamente via via scaduti).

La condizione giuridica dei contratti in corso aventi scadenza posteriore al biennio indicato non è però del tutto univoca, in quanto il primo periodo dello stesso paragr. 3.1 dell’articolato sembrerebbe, invece, sottendere l’idea che l’art. 177, comma 2, del codice possa comportare anche uno scioglimento anticipato degli stessi contratti.

La Commissione ritiene perciò opportuno che nelle Linee guida venga più specificamente inquadrato, in particolare, il tema nodale degli effetti della scadenza del termine di adeguamento appena detto sui contratti ancora in corso, al fine di dare indicazioni pienamente univoche alle varie categorie di soggetti interessati.

3 Altro punto che richiederebbe ulteriore sviluppo, ai fini stavolta di una possibile integrazione delle previsioni del paragr. 4, Parte II, delle Linee guida, si ricollega alla natura procedimentalizzata dell’attività che l’art. 177 esige dai suoi destinatari.

Dal momento che questi ultimi sono chiamati ad affidare l’ottanta per cento dei loro contratti relativi alle concessioni a mezzo di procedure di evidenza pubblica, si profila l’esigenza di puntualizzare se ai fini

dell'adempimento dell'obbligo di legge rilevi unicamente il momento a valle –nonché l'importo- dell'effettivo affidamento contrattuale, oppure quello, di poco precedente, dell'aggiudicazione, o infine possa rivestire influenza anche, a monte, l'indizione della gara a ciò diretta, con il relativo ammontare posto a base della procedura.

4 Sempre a margine del paragr. 4 dello schema delle Linee guida, e con riferimento all'attività dovuta dai concessionari, si ritiene utile anche un ulteriore chiarimento. Per un più consapevole indirizzo dei concessionari sembrerebbe, difatti, auspicabile precisare se l'obbligo di dar vita a procedure di evidenza pubblica posto dall'art. 177 implichi per tali procedure, da parte di tutti i concessionari, l'integrale osservanza dei contenuti del codice, come se gli obbligati fossero sempre e a tutti gli effetti delle amministrazioni aggiudicatrici, o se invece l'obbligo in discorso debba ritenersi circoscritto, per quanto di ragione, entro i limiti di cui al comma 5 dell'art. 164 del codice, disposizione che – giova sottolineare - di per sé non contiene, neanche *per relationem*, specifiche indicazioni sulle procedure di evidenza da seguire.

5 Questa Commissione ravvisa, infine, l'esigenza di elementi conoscitivi addizionali intorno alla previsione del paragr. 5.3 dello schema, il quale contempla l'obbligo dei concessionari di elaborare un programma annuale degli affidamenti, da trasmettere ai rispettivi concedenti.

La relazione AIR sottoposta alla Commissione reca una valutazione di “*imprescindibilità*” del detto documento.

Poiché, peraltro, l'obbligo di cui si tratta non vanterebbe una diretta copertura normativa, e, inoltre, i contenuti dei programmi annuali indicati sembrerebbero privi di valore vincolante per i concessionari, cui la legge prescrive direttamente -e comunque- di attingere la soglia dell'ottanta per cento dei contratti relativi alle concessioni mediante procedure di evidenza pubblica, appare utile acquisire maggiori elementi esplicativi della

valutazione d'imprescindibilità che sorregge la previsione dello schema.

6 La Commissione ritiene pertanto necessario, ai fini dell'espressione di un compiuto parere, che l'Amministrazione richiedente fornisca chiarimenti sui punti sopra segnalati.

Nelle more rimane sospesa l'emissione del parere richiesto.

P.Q.M.

La Commissione sospende l'espressione del parere nell'attesa dei chiarimenti richiesti in motivazione.

GLI ESTENSORI

Nicola Gaviano, Giulio Veltri

IL PRESIDENTE

Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio