



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza
n. 6/2021**



Sommario

1. Gestione dei rifiuti: la Regione non può delegare ai comuni le funzioni ad essa attribuite dal codice dell'ambiente.....	2
2. Il Consiglio di Stato sulla suddivisione della gara in lotti per macroaree geografiche	7
3. La disciplina della interdittiva antimafia non viola le norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie	11
4 Il parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida sugli affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza dell'ANAC.....	17

1. Gestione dei rifiuti: la Regione non può delegare ai comuni le funzioni ad essa attribuite dal codice dell'ambiente

Nell'attuale assetto costituzionale delle competenze sulla gestione dei rifiuti - che rientra nella materia della tutela dell'ambiente - le Regioni non possono delegare ai Comuni le funzioni amministrative ad esse attribuite dallo Stato in base a una scelta allocativa compiuta con il Codice dell'ambiente. Pertanto, la Regione Lazio non poteva delegare ai Comuni - come ha fatto con la legge n. 27/1998 - né l'approvazione dei progetti degli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione di automobili e rimorchi e dalla rottamazione di macchinari e apparecchiature deteriorati ed obsoleti e la relativa autorizzazione a realizzare gli impianti, né l'approvazione dei progetti di varianti sostanziali in corso di esercizio e relativa autorizzazione alla realizzazione né, infine, l'autorizzazione ad esercitare l'attività di smaltimento e recupero di questi rifiuti. Lo ha stabilito la Corte costituzionale con la sentenza n. 189 del 2021, con la quale ha dichiarato incostituzionale l'articolo 6, secondo comma, lettere b) e c) - quest'ultima limitatamente al riferimento alla lettera b) - della legge regionale del Lazio sulla gestione dei rifiuti, per contrasto con l'articolo con 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione.

Il fatto

Con due ordinanze dell'8 luglio 2020, il TAR Lazio ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, lettere b) e c), della legge della Regione Lazio 9 luglio 1998, n. 27 (Disciplina regionale della gestione dei rifiuti) nella parte in cui dispone che "sono delegate ai comuni: [...] b) l'approvazione dei progetti degli impianti per lo smaltimento ed il recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione degli autoveicoli a motore e rimorchi, dalla rottamazione dei macchinari e delle apparecchiature deteriorati ed obsoleti e la relativa autorizzazione alla realizzazione degli impianti, nonché l'approvazione dei progetti di varianti sostanziali in corso di esercizio e la relativa autorizzazione alla realizzazione; c) l'autorizzazione all'esercizio delle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti di cui alle lettere a) e b)", in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione.

Il giudice a quo riferisce che nei giudizi principali le ricorrenti hanno impugnato la determinazione dirigenziale con la quale Roma Capitale ha concluso negativamente la conferenza di servizi decisoria indetta ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio delle attività di smaltimento e recupero di rifiuti pericolosi, ai sensi dell'art. 208 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), dalle stesse avanzata in relazione ai rispettivi impianti di autodemolizione gestiti in forza di autorizzazioni provvisorie.

Il rimettente espone che a sostegno dei ricorsi, formulati in termini pressoché coincidenti, le società ricorrenti hanno chiesto, in via principale, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge reg. Lazio n. 27 del 1998, nella parte in cui stabilisce

che l'approvazione dei progetti per gli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti provenienti dalla demolizione degli autoveicoli a motore e rimorchi, dalla rottamazione dei macchinari e delle apparecchiature deteriorati e obsoleti e l'autorizzazione alla realizzazione e gestione di detti impianti sono delegate ai Comuni, perché in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., come sostituito dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), che assegna allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, in relazione agli artt. 196, comma 1, lettere d) ed e), e 208 del d.lgs. n. 152 del 2006, che attribuiscono tali competenze alle Regioni.

La decisione della Corte

Lo scrutinio nel merito impone una preliminare descrizione della disciplina normativa statale sopravvenuta alla norma regionale denunciata.

L'art. 196, comma 1, lettere d) ed e), cod. ambiente ha assegnato, senza altra precisazione, alle Regioni la competenza all'approvazione dei progetti di nuovi impianti per la gestione di rifiuti, anche pericolosi, al rilascio dell'autorizzazione alle modifiche degli impianti esistenti – fatte salve le competenze statali di cui al precedente art. 195, comma 1, lettera f) (relative alla definizione dei metodi, delle procedure e degli standard per il campionamento e l'analisi dei rifiuti), e di cui all'art. 7, comma 4-bis del medesimo codice (relative ai progetti sottoposti ad autorizzazione integrata ambientale statale) –, nonché dell'autorizzazione all'esercizio delle operazioni di smaltimento e recupero di rifiuti, anche pericolosi, fatte salve le competenze statali di cui al richiamato articolo 7, comma 4-bis, mentre l'art. 208 del medesimo codice ha confermato la competenza regionale con specifico riferimento al procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti.

La scelta allocativa compiuta dal legislatore statale trova fondamento nell'assetto istituzionale configurato dalla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, nel quale la potestà legislativa in materia di tutela dell'ambiente è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. in via esclusiva allo Stato.

La legislazione statale, anche in attuazione degli obblighi comunitari, rappresenta, infatti, un livello di tutela uniforme e si impone sull'intero territorio nazionale, come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per evitare che esse derogino al livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato, ovvero lo peggiorino.

La Corte aveva già precisato, in passato, che si tratta di una “materia naturalmente trasversale, idonea perciò a incidere sulle competenze regionali”, nel senso che interseca materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni e, in particolare, quelle del

governo del territorio, della tutela della salute, della protezione civile e dell'agricoltura e foreste.

Non di meno, ferma restando la riserva allo Stato del potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, le Regioni possono esercitare competenze legislative proprie per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l'incidenza nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell'ambiente.

Con tali premesse, la Corte dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale.

Infatti, la potestà legislativa esclusiva nelle materie indicate nell'art. 117, secondo comma, Cost. comporta la legittimazione del solo legislatore nazionale a definire l'organizzazione delle corrispondenti funzioni amministrative anche attraverso l'allocatione di competenze presso enti diversi dai Comuni – ai quali devono ritenersi generalmente attribuite secondo il criterio espresso dall'art. 118, primo comma, Cost. – tutte le volte in cui l'esigenza di esercizio unitario della funzione trascenda tale ambito territoriale di governo.

Il principio di legalità, quale canone fondante dello Stato di diritto, impone che le funzioni amministrative siano organizzate e regolate mediante un atto legislativo, la cui adozione non può che spettare all'ente – Stato o Regione, “secondo le rispettive competenze” (art. 118, secondo comma, Cost.) – che ha inteso dislocare la funzione amministrativa in deroga al criterio generale che ne predilige l'assegnazione al livello comunale.

Tanto conduce logicamente a escludere che le funzioni amministrative riconducibili alle materie di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. – che, sulla base di una valutazione orientata dai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, siano state conferite dallo Stato alla Regione – possano essere da quest'ultima riallocate presso altro ente infraregionale, comportando un'iniziativa siffatta una modifica, mediante un atto legislativo regionale, dell'assetto di competenze inderogabilmente stabilito dalla legge nazionale. Tale deve ritenersi quello in materia di autorizzazione alla gestione e al trattamento dei rifiuti delineato dagli artt. 196, comma 1, lettere d) ed e), e 208 cod. ambiente sulla base di una ragionevole valutazione di congruità dell'ambito regionale rispetto alla dimensione degli interessi implicati.

La potestà legislativa esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. risponde, del resto, a ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario, che risulterebbero vanificate ove si riconoscesse alla Regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale.

La disposizione della Regione Lazio, delegando ai Comuni la funzione amministrativa – attinente alla cura del procedimento di autorizzazione alla realizzazione e gestione degli impianti di smaltimento e recupero di rifiuti derivanti dall'autodemolizione e rottamazione di

macchinari e apparecchiature deteriorati e obsoleti – ad essa conferita con legge nazionale, ha inciso, senza esservi abilitata da tale fonte normativa, su una competenza istituita dallo Stato nell'esercizio della sua potestà legislativa esclusiva ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

Infatti, con la delega di funzioni amministrative il soggetto titolare del potere di provvedere su determinati interessi conferisce ad altro soggetto la legittimazione ad adottare atti che rientrano nella propria sfera di attribuzione, così dando luogo a una competenza di carattere derivato, ancorché limitata al solo esercizio della funzione e non incidente sulla sua titolarità.

Posto che la predeterminazione normativa della distribuzione dei compiti costituisce una proiezione del principio di legalità, che, ai sensi dell'art. 97 Cost., regola l'agire amministrativo, l'attitudine della delega a modificare la competenza ne giustifica il condizionamento al duplice presupposto della titolarità originaria, in capo al conferente, del potere che ne forma oggetto e dell'espressa previsione e delimitazione ad opera della stessa fonte normativa che attribuisce la competenza a delegare.

La modifica della competenza regionale fissata dall'art. 196 cod. ambiente, operata dall'art. 6, comma 2, lettere b) e c), della legge reg. Lazio n. 27 del 1998, attraverso la delega ai Comuni della funzione autorizzatoria, contrasta con il parametro evocato perché introduce una deroga all'ordine delle competenze stabilito dalla legge statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in assenza – sia nell'ordito costituzionale, sia nel codice dell'ambiente – di una disposizione che abiliti alla descritta riallocazione.

La mancata riproduzione, nel testo dell'art. 118 Cost. introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), del riferimento, presente nella formulazione originaria dello stesso art. 118, alla delega come strumento di "normale" esercizio delle funzioni amministrative regionali induce, infatti, a ritenere che tale istituto non sia più configurabile come ordinario strumento di allocazione di competenze da parte del legislatore regionale, in assenza di una specifica abilitazione da parte della fonte a ciò competente.

Nel previgente assetto ordinamentale, in cui la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, improntata al principio del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative, era assistita da una presunzione di adeguatezza, la delega, comportando la scissione tra titolarità ed esercizio della funzione, rispondeva a un'essenziale esigenza di flessibilità, sicché si prevedeva che, ove l'ente individuato dalla Costituzione si fosse rivelato inadeguato rispetto alle concrete esigenze della collettività di riferimento, lo svolgimento delle funzioni amministrative sarebbe stato demandato all'ente ritenuto più idoneo a garantirne il soddisfacimento.

Per contro, nel modello delineato dalla riforma costituzionale del 2001, in linea con il principio di sussidiarietà, la valutazione di adeguatezza informa di sé l'individuazione, ad opera del legislatore statale o regionale, dell'ente presso il quale allocare, in termini di

titolarità, la competenza. Infatti, muovendo dalla preferenza accordata ai Comuni, cui sono attribuite, in via generale, le funzioni amministrative, la Costituzione demanda al legislatore statale e regionale, nell'ambito delle rispettive competenze, la facoltà di diversa allocazione di dette funzioni, per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (art. 118, primo comma, Cost.).

In conclusione, l'art. 6, comma 2, lettere b) e c), quest'ultima limitatamente al riferimento alla lettera b), della legge reg. Lazio n. 27 del 1998, confliggendo con l'assetto di competenze delineato dal codice dell'ambiente, dà corpo alla dedotta violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. Per questo deve esserne dichiarata l'illegittimità costituzionale.

Va, peraltro, evidenziato che le disposizioni in esame si pongono in contrasto con i parametri costituzionali, e relative norme interposte, sopravvenuti alla loro entrata in vigore, con la conseguenza che la declaratoria di illegittimità costituzionale non può investire l'intero arco di vigenza. Come questa Corte ha chiarito, la modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione non ha determinato l'automatica illegittimità costituzionale delle norme emanate nel vigore dei vecchi parametri costituzionali, cosicché tali norme adottate in conformità al preesistente quadro costituzionale, mantengono, in applicazione del principio di continuità, la loro validità fino al momento in cui non vengano sostituite da nuove norme dettate dall'autorità dotata di competenza nel nuovo sistema.

Con specifico riferimento alla materia di cui si tratta, soltanto con il codice dell'ambiente i nuovi principi regolatori risultanti dalla riforma costituzionale del 2001 si sono tradotti in una specifica disciplina del riparto delle funzioni amministrative, così rendendo attuale la discrasia, rispetto a tale assetto, della distribuzione delle competenze disposta dalla normativa regionale anteriore qui denunciata.

L'illegittimità costituzionale della disciplina censurata decorre, pertanto, dal 29 aprile 2006, data di entrata in vigore degli artt. 196 e 208 cod. ambiente.

2. Il Consiglio di Stato sulla suddivisione della gara in lotti per macroaree geografiche

A fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura di gara, non è irragionevole che la Stazione appaltante recuperi l'eventuale deficit di diversificazione pro-concorrenziale attraverso il frazionamento delle procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta. E ciò a condizione che la stazione appaltante operi un bilanciamento ragionevole e logico fra tutela della concorrenza ed esigenze correlate a una efficiente ed efficace prestazione del servizio.

Fatto e diritto

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 6837 del 2021, è intervenuto in materia di suddivisione della gara in lotti per macroaree geografiche.

Il TAR Veneto aveva rigettato il ricorso contro gli atti della procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento di servizi integrati per la gestione ed assistenza tecnica delle apparecchiature biomediche per le Aziende Sanitarie del Veneto. Le censure proposte con il ricorso in appello risultano connesse, e convergenti su di un'unica questione: la suddivisione della gara in macro-lotti, l'assenza del vincolo di aggiudicazione e la motivazione dell'individuazione dell'ambito di tali lotti.

In argomento osserva il Collegio che una connessione fra i commi 1 e 3 dell'art. 51 cod. contr. pubbl. effettivamente sussiste, anche se non nel senso inteso dall'appellante. Occorre infatti anzitutto verificare se la suddivisione in lotti sia ragionevole; in caso affermativo la mancanza del vincolo di aggiudicazione non comporta un *vulnus* per la tutela della concorrenza.

Nella giurisprudenza della Sezione si è infatti più volte affermato che la mancata previsione del vincolo di aggiudicazione non comporta *ex se* illegittimità della procedura. In particolare, la sentenza 3683/2020 ha chiarito che "non è l'assenza di tale vincolo, la cui previsione è meramente discrezionale (art. 51, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016), a determinare in sé la violazione della concorrenza, bensì la strutturazione della gara in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della *lex specialis*, favorisca in modo indebito taluno dei concorrenti e gli consenta di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti".

Dunque, la questione di fondo (l'amministrazione deve o motivare sulla suddivisione in lotti, oppure deve porre il vincolo di aggiudicazione), configura un'alternativa in realtà non conforme al paradigma normativo, come la Sezione ha da ultimo precisato nella sentenza n. 4683/2021: "La suddivisione in lotti di cui all'art. 51 D.lgs 50/2016 è prevista a tutela delle piccole e medie imprese al fine di consentire la loro partecipazione e, dunque, è posta a

tutela della libera concorrenza. L'appalto in questione prevede la fornitura dall'oggetto necessariamente unitario, motivo per cui la suddivisione in lotti in termini geografici non appare difforme rispetto al precetto normativo. La previsione di vincoli di partecipazione o di aggiudicazione rientra tra le facoltà dell'amministrazione e non si risolve in un obbligo, come anche indicato nella Direttiva 2014/24/UE. La scelta della Stazione appaltante è frutto di un bilanciamento tra tutela della concorrenza da una parte, ed esigenze tecnico-economiche dall'altra, afferenti l'interesse pubblico alla prestazione di cui è attribuita l'amministrazione, per cui la suddivisione in lotti geografici su base d'asta non risulta irragionevole o illegittima, e, come affermato da recente giurisprudenza, sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le Stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie. (Cons. Stato, Sez. V, n. 123/2018; Sez. III n. 1076/2020). Nella giurisprudenza di questa Sezione si è più volte affermato che la mancata previsione del vincolo di aggiudicazione non comporta ex se illegittimità della procedura (si vedano le sentenze n. 3683/2020 e n. 4361/2020). In particolare, la sentenza 3683/2020 ha chiarito che "non è l'assenza di tale vincolo, la cui previsione è meramente discrezionale (art. 51, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016), a determinare in sé la violazione della concorrenza, bensì la strutturazione della gara in modo tale che la sua apparente suddivisione in lotti, per le caratteristiche stesse di questi o in base al complesso delle previsioni della *lex specialis*, favorisca in modo indebito taluno dei concorrenti e gli consenta di acquisire l'esclusiva nell'aggiudicazione dei lotti". Il problema si sposta dunque sulla logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti: che, come chiarito, nel caso di specie è risultata conforme ad un plausibile bilanciamento fra le esigenze di tutela della concorrenza e quelle correlate alla organizzazione sul territorio della prestazione oggetto dell'appalto".

È la ragionevolezza intrinseca della suddivisione, e non la sua formale motivazione, a rilevare. Il problema, come da ultimo richiamato, deve allora spostarsi sulla logicità e ragionevolezza della suddivisione in lotti in sé (oggetto specifico del secondo motivo di appello): laddove l'appellante dà per scontato che nel caso di specie essa sia irragionevole ed anticoncorrenziale.

Sul punto la sentenza del TAR argomenta che "a fronte della identità funzionale dell'oggetto della procedura, non irragionevolmente la Stazione appaltante ha inteso recuperare l'eventuale deficit di diversificazione proconcorrenziale frazionando le procedure per macroaree geografiche, limitando così gli importi a base d'asta. Il tutto previa consultazione di mercato (si vedano i docc. 10 e 11 depositati dall'Amministrazione resistente)".

Si è operato un bilanciamento ragionevole e logico fra tutela della concorrenza ed esigenze correlate ad una efficiente ed efficace prestazione del servizio in relazione alle

caratteristiche strutturali del relativo bacino di utenza, attraverso una divisione in lotti geografici e per base d'asta, "tenendo conto dell'ambito territoriale di riferimento per una adeguata organizzazione e gestione dei team residenti e non residenti".

Tale motivazione, lungi dall'essere apodittica ed apparente risulta peraltro conforme all'istruttoria procedimentale. La circostanza che in alcuni lotti siano state accorpate più Aziende Sanitarie non prova nulla nella prospettiva dell'illogicità della scelta, qualora – come nel caso di specie – tale accorpamento sia comunque conforme al criterio territoriale di cui sopra: non risultando, e non avendolo peraltro neppure dedotto l'appellante, che gli accorpamenti in questione siano stati individuati e definiti in deroga al ridetto criterio.

L'accorpamento nel medesimo lotto di Aziende non ricadenti in ambiti territoriali eterogenei confermerebbe semmai la ragionevolezza del criterio e la sua effettiva funzionalizzazione agli interessi collettivi portati dalla stazione appaltante.

Quanto al fatto che ciascuna Azienda fosse libera di scegliere quali moduli attivare, tale elemento non consente di ritenere non sussistente il dato dell'identità funzionale dell'oggetto del contratto, posto che la facoltà di scelta va esercitata comunque all'interno del comune oggetto negoziale definito dalla *lex specialis* (e, dunque, fra prestazioni omogenee stabilite a monte).

In ogni caso osserva il Collegio che, in applicazione della giurisprudenza della Sezione, dalla quale non si ravvisa ragione per discostarsi, anche ove fossa fondata la premessa maggiore del sillogismo posto a fondamento dell'appello (quella per cui i lotti sarebbero stati dimensionati in modo irragionevolmente ampio), in ogni caso non sarebbe fondata la relativa conclusione: giacché una eventuale suddivisione ragionevole in lotti più piccoli, priva del vincolo di aggiudicazione, comunque avrebbe consentito in astratto il medesimo risultato, vale a dire l'aggiudicazione di tutti i lotti alla medesima impresa (che avesse presentato l'offerta più conveniente per l'amministrazione).

A ben vedere, la tesi secondo la quale è il combinato fra dimensione del lotto e mancanza del vincolo di aggiudicazione a costituire un ostacolo alla concorrenza prova troppo. Ove essa fosse accolta (contro il dato testuale, come già osservato), si avrebbe che l'amministrazione sarebbe costretta a scartare in alcuni lotti le offerte più convenienti, per il sol fatto di dover garantire una pluralità di imprese contraenti: il che non coincide esattamente con la nozione di tutela della concorrenza propria del diritto comunitario degli appalti pubblici, che ha riguardo – ferma restando la libertà di accesso al mercato per ciascuna impresa, sufficientemente attrezzata rispetto al singolo contratto (dimensionato sulla base delle irrinunciabili esigenze della collettività sottese alla domanda pubblica) - ad un ragionevole bilanciamento fra esigenze organizzative ed economiche dell'amministrazione e possibilità per le imprese di aggiudicarsi la commessa.

È proprio il diritto comunitario ad insegnare che la tutela della concorrenza, che qui dunque appare garantita, può essere peraltro recessiva (o quanto meno bilanciata) rispetto alle



esigenze sottese ad una efficiente ed efficace erogazione del servizio, in ragione della prevalenza funzionale, nella disciplina (anche comunitaria) degli appalti pubblici, del profilo causale inerente alle ragioni della domanda pubblica.

Tale principio, positivizzato con riferimento alla disciplina dei requisiti, rileva evidentemente - per identità di *ratio* - anche quale criterio che orienta il margine di discrezionalità di cui dispone la stazione appaltante (con il limite della logicità e della ragionevolezza) nell'individuazione dei lotti, a tutela delle esigenze dell'amministrazione rilevanti sul piano dell'organizzazione del servizio.

3. La disciplina della interdittiva antimafia non viola le norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7165 del 2021, ha stabilito che l'interdittiva antimafia non viola le norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie, in quanto secondo la normativa nazionale di riferimento le predette misure si concretizzano non nella dedotta incisione su di uno status generale di capacità giuridica, bensì nella previsione di limiti e divieti temporanei e specifici, di contrattazione con la pubblica amministrazione e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo, a tutela di interessi pubblici generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente e degli utenti, ma anche a tutela della stessa possibilità di un loro libero esercizio da parte di tutti i competitori economici, nel rispetto dei principi di libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza sanciti dall'art. 41 Cost. e dal Trattato UE.

Fatto e diritto

La società cooperativa presentava domanda per il rilascio dell'autorizzazione a svolgere l'attività di facchinaggio, nonché delle relative tessere identificative di accesso al Mercato per i propri soci e dipendenti, depositando la documentazione richiesta e fornendo i dati necessari anche *al fine di consentire l'acquisizione dell'informazione antimafia prevista dal D.Lgs. 159/2011* mediante la compilazione e la sottoscrizione dei modelli predisposti dalla società.

Sulla base del Protocollo di legalità sottoscritto con la Prefettura di Latina nel 2017 a difesa della libertà delle attività commerciali all'interno del predetto Mercato in quanto oggetto di vari episodi di infiltrazione criminale, la Società di gestione in data 10/1/2019 faceva richiesta di informazione antimafia alla Banca Dati Nazionale Antimafia e, nelle more dell'esito, rilasciava la richiesta autorizzazione allo svolgimento dell'attività di facchinaggio all'interno del Mercato per l'anno 2019.

In data 10/1/2020, la Prefettura di Latina comunicava di aver emesso, in pari data, il provvedimento interdittivo antimafia a firma del Prefetto.

Con ricorso innanzi al TAR per il Lazio, sede di Latina, si chiedeva l'annullamento, previa tutela cautelare, dell'informativa antimafia interdittiva, del protocollo di legalità firmato in data 30/6/2017 e rinnovato il 26/6/2019, della segnalazione all'Autorità Anticorruzione e della stessa annotazione nel Casellario Informativo dei contratti pubblici del 12.2.2020.

In data 23/4/2020 veniva emessa dal TAR ordinanza di accoglimento della tutela cautelare, ma in data 21/5/2020 il Consiglio di Stato accoglieva l'appello del Ministero dell'interno annullando la predetta ordinanza.

In data 8/6/2020, si proponeva ricorso per motivi aggiunti eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, ma in data 28/7/2020 il TAR pronunciava la sentenza con la quale rigettava il ricorso ed i motivi aggiunti proposti.

Infine, con il ricorso in appello si chiedeva l'accoglimento delle seguenti conclusioni: *“in via preliminare, che alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate avverso le disposizioni dettate dal libro II del D.Lgs. 159/2011 ed in particolare, avverso gli artt. 84, 85, 89 bis, 91 co.6 e 94 del D.Lgs. 159/2011, siano sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale.*

Sempre in via preliminare, il giudice adito, Voglia, in accoglimento del presente appello, accertata e dichiarata l'illegittimità della sentenza del TAR Lazio, sezione di Latina, del 28/07/2020 gravata e di tutti gli atti impugnati, dichiarare il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo adito, in favore del Giudice Ordinario.

Ancora in via preliminare, sospendere il giudizio ex art.77 cpa per il giudizio di falso in corso.

Nel merito, accertata e dichiarata l'illegittimità della sentenza del TAR Lazio, sezione di Latina, del 28/07/2020 gravata, nonché degli atti impugnati per la violazione degli articoli 13, 24, 41, 97 e 113 della Costituzione e, (con riferimento all'art.117, co.1 della Costituzione) anche per la violazione dei diritti fondamentali di libertà di derivazione comunitaria previsti dalla CEDU e dai relativi protocolli addizionali, accogliere l'appello, e, per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR Lazio, sezione di Latina, del 28/07/2020 gravata, accogliere, con rinvio o senza rinvio, i ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti di primo grado ed annullare i provvedimenti con questi impugnati”

Con l'appello vengono preliminarmente dedotti una serie di motivi e si conclude con le seguenti domande:

- che gli artt. 84, 85, 89 bis, 91 co.6 e 94 del D.Lgs. 159/2011, siano sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale;
- che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo;
- che sia sospeso il giudizio ex art.77 cpa per il giudizio di falso in corso.
- nel merito, che sia accertata e dichiarata l'illegittimità della sentenza del TAR gravata, nonché degli atti impugnati per la violazione degli articoli 13, 24, 41, 97 e 113 della Costituzione e, (con riferimento all'art.117, co.1 della Costituzione) anche per la violazione dei diritti fondamentali di libertà di derivazione comunitaria previsti dalla CEDU e dai relativi protocolli addizionali, e quindi accogliere l'appello, con vittoria di spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio da distrarsi in favore del procuratore antistatario.

Ai fini della decisione, il Consiglio di Stato premette che i motivi del ricorso in appello di ben 46 pagine, esaminato previa autorizzazione alla deroga dei previsti limiti dimensionali, in realtà moltiplicano e ripetono le medesime censure, minuziosamente esposte sotto diversi

angoli visuali, e quindi consentono un loro pur completo ed esaustivo esame molto più sintetico. Più in particolare, procedendo secondo un ordine logico-sistematico di pregiudizialità dei diversi gruppi di censure di analogo contenuto, il Consiglio di Stato osserva quanto segue.

Devono essere in primo luogo respinte le censure concernenti il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, considerata la sicura riconducibilità della controversia all'ambito di esercizio di un potere amministrativo autoritativo, ampiamente discrezionale, del Ministero dell'interno, concernente misure di carattere cautelare ed anticipatorio di tutela dell'ordinamento democratico a contrasto della criminalità organizzata.

L'interdittiva antimafia costituisce, infatti, "una misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione" e mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione, a tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Vanno ugualmente respinte le plurime censure concernenti la pretesa illegittima attivazione del predetto potere, essendo stata la certificazione antimafia richiesta da un soggetto investito, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica e dalla qualificazione giuridica del rapporto contrattuale sottostante, di una potestà dagli evidenti contenuti pubblicistici, concernente gli accessi e le condizioni di svolgimento delle attività riferiti ad un mercato economico regolato, proprio a tutela delle indicate esigenze di tutela pubblica generale e dei diritti di libertà degli operatori economici, esigenze che hanno poi motivato e legittimato la sottoscrizione del contestato Protocollo di legalità fra l'Amministrazione dell'interno e il soggetto investito dei poteri di regolazione e vigilanza del predetto mercato.

Neppure poteva essere, quindi, accolta la richiesta di sospensione del giudizio davanti al giudice amministrativo, essendo l'invocata questione pregiudiziale per querela di falso del Protocollo essenzialmente limitata a circostanze (quali la qualificazione di MOF) non rilevanti ai fini della decisione del giudizio;

I plurimi dubbi di illegittimità sollevati con riguardo ai predetti profili per violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie più volte richiamate sono, a propria volta, manifestamente infondati, in quanto secondo la normativa nazionale di riferimento le predette misure si concretizzano, non nella dedotta incisione su di uno status generale di capacità giuridica bensì, nella previsione di limiti e divieti temporanei e specifici, di contrattazione con la pubblica amministrazione e di esercizio di attività economiche sottoposte a vaglio autorizzativo a tutela di interessi pubblici generali, quali la tutela della salute, dell'ambiente e degli utenti, ma anche a tutela della stessa possibilità di un loro libero esercizio da parte di tutti i competitori economici, nel rispetto dei principi di libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza sanciti dall'art. 41 della Costituzione e dal Trattato UE.

L'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, del resto, ha ricondotto ad una incapacità di agire temporanea l'effetto dell'interdittiva, essendovi – nello stesso cd “codice antimafia” – adeguate misure, compiutamente disciplinate, per ricostruire le condizioni di affidabile partecipazione della società al mercato, nella sua espressione libera e incondizionata da sospette infiltrazioni.

D'altronde le medesime misure, ritenute estranee per comune ammissione e per costante giurisprudenza al sistema sanzionatorio penale in ragione del loro carattere cautelare ed anticipatorio, così come espressamente ammesso dalla medesima difesa di parte appellante sono sottoposte ai principi di legalità e del giusto procedimento amministrativo, secondo criteri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità.

La Corte Costituzionale, con decisione richiamata dalla stessa difesa di parte appellante ha quindi respinto i dedotti dubbi di incostituzionalità, affermando che: *“queste complesse valutazioni che – come si è rilevato - sono, sì, discrezionali, ma dalla forte componente tecnica, sono soggette ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo. Di fatto è questa la portata delle numerose sentenze amministrative che si sono occupate dell'istituto. Esse non si limitano ad un controllo “estrinseco” e, pur dando il giusto rilievo alla motivazione, procedono ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza.”*

Ancora la parte appellante ammette che anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno statuito, in ordine ai limiti della sindacabilità degli atti dell'amministrazione che contengono una componente tecnica, che non può esistere alcun limite alla sindacabilità, neanche laddove le questioni da valutare siano attinenti la sfera del merito amministrativo.

Del tutto infondati, inoltre, sono i richiami a violazioni sindacate o sindacabili innanzi alla CEDU. In considerazione della natura non repressiva ma preventiva, e della varietà di comportamenti con cui le mafie ricercano attrattive occasioni di infiltrazione in società e relativi settori economici, questo Consiglio ha ripetutamente – con la conferma della Corte Costituzionale adita in sede incidentale – affermato che la “tipizzazione giurisprudenziale”, in costante evoluzione, effettuata dal Supremo organo di giustizia amministrativa costituisce parametro sufficientemente adeguato a evitare ogni pericolo di discrezionali se non arbitrarie azioni, nella vaghezza dei loro presupposti, da parte della autorità prefettizia nel definire i comportamenti sintomatici della infiltrazione mafiosa.

Le pregresse considerazioni impediscono, quindi, di valorizzare le ulteriori dedotte censure concernenti una pretesa irragionevole limitazione degli strumenti di tutela giurisdizionale dell'impresa sottoposta ad interdittiva antimafia in violazione delle norme costituzionali, euro unitarie e internazionali pattizie richiamate a tal fine.

Di nessun pregio risultano, poi, le plurime e insistenti censure concernenti la comunicazione del provvedimento interdittivo all'impresa appellante, posto che la ricevuta di avvenuta consegna del provvedimento è idonea a provare l'avvenuta notifica dell'atto nella casella di

posta elettronica certificata detenuta dall'appellante anche ai fini dell'iscrizione camerale, con pieno valore legale, e che le ampie deduzioni prodotte sul punto potrebbero al più concretizzare una irregolarità incidente sul termine di inizio di efficacia dell'atto, ma non sulla sua pretesa illegittimità o, a fortiori, nullità.

Superate le censure di ordine generale e procedurale circa l'attivazione dello strumento amministrativo in esame e statuita la manifesta infondatezza delle censure di illegittimità, sotto il profilo costituzionale, euro unitario e internazionale pattizio, della disciplina di riferimento, il Consiglio di Stato deve valutare se nella concreta fattispecie in esame il giudice di primo grado abbia o meno assicurato una compiuta tutela giurisdizionale delle ragioni dell'appellante, secondo un principio di effettività della tutela ed alla stregua di un criterio non solo di legittimità formale e procedurale, ma anche di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, del contestato intervento amministrativo.

Al riguardo, il Collegio considera che l'impugnato provvedimento interdittivo è stato adottato dalla Prefettura, così come già motivatamente evidenziato dal giudice di primo grado, all'esito di una ampia attività di indagine, documentata in atti, che ha consentito l'emersione di plurimi elementi, indiziari ma circostanziati e concordanti, idonei a delineare un quadro d'insieme che non consente di escludere, secondo il criterio del più probabile che non, una diretta ingerenza della criminalità organizzata nella gestione della società appellante.

Quindi, tanto nella prova indiziaria che nella formulazione del giudizio prognostico a carattere probabilistico, non sono mancati, come invece contestato, la ricerca e la evidenziazione degli elementi oggettivi delle condotte (pur se risalenti a periodi ormai passati o penalmente non rilevanti) dei soggetti sui quali si concentravano gli accertamenti, al fine di evidenziare intrecci proprietari e gestionali (anche diversi dalle specifiche fattispecie disciplinate ai diversi fini di tutela della concorrenza nell'ambito dei pubblici appalti), capaci di favorire il controllo della società da parte di esponenti connotati da forti indizi di contiguità al mondo della criminalità organizzata, discendendone un rischio concreto ed attuale di condizionamento mafioso. Tali risultanze sono state quindi riferite, in premessa, a motivazione del provvedimento impugnato, e sono poi state ampiamente esaminate dal giudice di primo grado al fine verificare, e non di integrare surrettiziamente, la necessaria motivazione dell'atto impugnato che, anche per tale verso, è risultato immune dai vizi dedotti.

In conclusione, alla luce delle ampie ricostruzioni del Ministero dell'interno circa le infiltrazioni mafiose in atto, l'appello risulta non fondato. La querela di falso è non rilevante ai fini della decisione, mentre le questioni di legittimità costituzionale e di legittimità sotto il profilo euro unitario ed internazionale pattizio sono manifestamente infondate. L'appello deve essere pertanto respinto. Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

3. Il parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida sugli affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza dell'ANAC

Il Consiglio di Stato ha reso il parere sulle Linee guida ANAC sugli affidamenti in house di contratti aventi a oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti. Nel parere, il Consiglio di Stato chiede all'ANAC un ulteriore approfondimento. Infatti, l'intero scenario normativo riferito alla materia dei contratti pubblici appare in evoluzione. In particolare, 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, ai fini di un recupero dello storico deficit di capacità realizzativa delle opere pubbliche e di spesa degli investimenti pubblici. In altri termini, posto che l'intervento non appare imposto da fonti esterne, né dalla giurisprudenza, occorre considerare l'impatto "in concreto", sull'operatività delle amministrazioni, della successione ravvicinata nel tempo di interventi di rango e natura diversi, in particolare quello proposto con le linee guida non vincolanti (ma di sicuro impatto) in questione e quelli di rango legislativo (con delega o decreto-legge), nonché della conseguente esigenza di assicurare agli operatori stabilità, chiarezza e uniformità del quadro applicativo.

La Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, nell'Adunanza di Sezione del 28 settembre 2021, ha espresso il parere n. 1614 del 7 ottobre 2021, sulle 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." dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Quest'ultima aveva infatti chiesto il parere del Consiglio di Stato il 14 settembre 2021.

Le linee guida ANAC 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, come indica l'ANAC nella premessa dello schema di atto, 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.

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 del Consiglio di Stato ha dunque natura solo facoltativa.

Come nota il Consiglio, la materia è stata oggetto di numerose pronunce, nelle quali si è 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 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.

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 all’art. 192, comma 2.

Ancor più di recente – come fa notare il Consiglio di Stato – è poi intervenuto 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 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).

L'ANAC, nel contesto così delineato, si ripropone espressamente, mediante l'adozione delle linee guida, l'obiettivo 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".

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.

L'esigenza di intervenire con apposite linee guida nella materia, 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.

Il Consiglio di Stato ritiene di dover segnalare come le nuove linee guida si inseriscono, tuttavia, 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), 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.

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.

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.

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.

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.

Queste riflessioni hanno pertanto indotto il Consiglio di Stato, prima di procedere all'analisi delle linee guida e delle diverse, spesso complesse e delicate, problematiche ivi affrontate, a demandare preliminarmente all'ANAC 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, sospendendo la pronuncia del parere nelle more degli approfondimenti istruttori indicati.