

Codice degli appalti

I reali effetti del c.d. “Sblocca cantieri” sulle Linee Guida ANAC: un’occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law

di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa

Le Linee Guida ANAC hanno subito, nel nuovo contesto normativo, un sensibile ridimensionamento. Il D.L. n. 32/2019, c.d. “decreto sblocca-cantieri”, convertito con modificazioni nella Legge n. 55/2019, ha ripensato il ruolo dell’Autorità nazionale prevedendo che l’esecuzione, l’attuazione e l’integrazione del D.Lgs. n. 50/2016 non siano più affidate all’emanazione di specifiche Linee Guida, ma alla pubblicazione di un Regolamento unico elaborato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Sul piano “mediatico”, la disposizione è stata accolta come il segnale del tramonto del sistema di soft law nel settore dei contratti pubblici, o comunque di un complessivo ripensamento del ruolo dell’ANAC. Il clamore è, però, obiettivamente sproporzionato: a ben vedere, infatti, la riforma riguarda solo i decreti ministeriali tassativamente indicati, nonché alcune Linee Guida, ovvero una piccola porzione dell’attività svolta dall’Autorità medesima.

Il ruolo di ANAC resta in realtà penetrante, e ciò è stato ribadito anche dal Consiglio di Stato, che nel dicembre 2019, dovendosi esprimere sullo schema di Linee Guida elaborato dall’Autorità aventi ad oggetto “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”, ha colto l’occasione per sottolinearne l’autorevolezza anche sul piano pratico, affermando che sussistono degli obblighi di motivazione specifica anche in relazione a scelte amministrative non aderenti a quanto previsto nelle indicazioni, seppur non vincolanti, dell’Autorità.

Gli effetti della riforma sui decreti ministeriali in tema di appalti pubblici (1)

L’art. 1, D.L. n. 32/2019 ha introdotto il nuovo comma 27-octies all’art. 216, D.Lgs. n. 50/2016, che impone un ritorno all’impostazione del passato, in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, quando l’adozione delle norme di dettaglio e attuative era affidata ad un Regolamento, il D.P.R. n. 207/2010.

Nell’originaria formulazione del D.Lgs. n. 50/2016 il Legislatore aveva invece optato per un sistema cosiddetto di “soft law”, di origine anglosassone, basato su

una regolamentazione flessibile fondata a sua volta su di una pluralità di provvedimenti attuativi, nella sostanza con valenza legislativa, demandanti nel caso di specie all’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

Con il D.L. n. 32/2019 siamo pertanto passati ad un sistema misto nel quale alcune materia diventano oggetto di un Regolamento Unico mentre altre restano disciplinate da Linee Guida ANAC, originando non pochi dubbi interpretativi e di coordinamento pratico negli operatori del settore.

(1) Per un approfondimento sugli effetti del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 - c.d. “decreto sblocca-cantieri”, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55 - sulle Linee Guida ANAC 4

si veda I. Cavallini e M. Orsetti, “Linee Guida ANAC n. 4: una rilettura alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale”, in *Azienditalia*, n. 11/2019, 1519.

In particolare, con l'entrata in vigore del Regolamento unico cessano di avere efficacia i seguenti decreti in materia di:

- “definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali”, emanato ai sensi dell'art. 23, comma 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (2);
- “definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee”, ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 5, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
- “sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro”, formulato ai sensi dell'art. 83, comma 2, Codice appalti;
- “opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione” (le c.d. opere super specialistiche), previste all'art. 89, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016 (3);
- “disciplina e definizione delle modalità tecniche di svolgimento del collaudo” ex art. 108, comma 8 del predetto testo normativo;
- “modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti relativi a servizi o forniture” ex art. 111 comma 1 del citato Codice;
- infine, il decreto MIBACT n. 154, “concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42”, attuativo dell'art. 145, comma 4, D.Lgs. 50/2016.

Gli effetti della riforma sulle Linee Guida vincolanti (4)

Con l'entrata in vigore del Regolamento unico “cadono”, altresì, le seguenti Linee Guida di natura vincolante:

- le Linee Guida n. 3 su “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni” ex art. 31 comma 5 del Codice Appalti;
- le Linee Guida n. 4 su “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” ex art. 36, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016;
- nonché le Linee Guida ex art. 84, comma 8 del citato decreto sul “sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro” (che, comunque, ANAC non ha mai effettivamente emanato).

In altri termini, la riforma ha investito singoli articoli del Codice degli appalti che prevedono specifiche Linee Guida, ed i sopraelencati decreti ministeriali. In questi casi si assiste alla sostituzione del *soft law* (le Linee Guida) con atto normativo, di *hard law* (il Regolamento unico).

Pertanto, ad un esame analitico sulle minime sostituzioni e correzioni al Codice si nota che la riforma non ha previsto una generale abrogazione di tutte le Linee Guida. In non pochi casi, anzi, esse sono destinate a sopravvivere.

È così, ad esempio, per:

- le Linee Guida n. 5, recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”, dal momento che l'art. 78 commi 1 e 2 non è stato modificato dalla novella dello Sblocca Cantieri;

(2) Stiamo parlando, ovviamente, del Codice dei Contratti Pubblici (o Codice Appalti).

(3) Decreto MIT 10 novembre 2016, n. 248.

(4) Una chiara definizione della natura, vincolante e non, delle Linee Guida è contenuta nel parere dell'Adunanza della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, reso il 6 luglio 2016, dove, nell'ambito di una trattazione organica riguardante anche la natura dei decreti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti adottati e (allora) adottandi su proposta dell'ANAC, si distingue tra:

- Linee Guida *vincolanti*, che hanno natura di *atti amministrativi generali delle autorità di regolazione*; di conseguenza, gli atti compiuti in violazione delle medesime sono illegittimi. Le Stazioni Appaltanti hanno, comunque, un residuo potere discrezionale nell'eseguire le Linee Guida, qualora queste siano compatibili con un ulteriore sviluppo specificativo delle stesse;

Linee Guida *non vincolanti*. Hanno anch'esse natura di *atti amministrativi generali delle autorità di regolazione*, ma la loro violazione

comporta illegittimità per eccesso di potere, a meno che le Stazioni Appaltanti non se ne discostino attraverso una adeguata motivazione; le Stazioni Appaltanti hanno, in definitiva, un potere discrezionale nell'eseguirle.

Il criterio adottato dal Consiglio di Stato per distinguere tra natura vincolante o meno è quello *formale*, secondo cui:

a) le Linee Guida vincolanti sono quelle cui fa espressamente rinvio il Codice dei Contratti per la definizione degli aspetti di dettaglio;

b) le Linee Guida non vincolanti trovano invece fondamento normativo nel generico art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016.

Ne consegue anche una diversità del loro regime giuridico, in quanto la violazione delle Linee Guida *vincolanti* comporta l'illegittimità dei relativi atti, mentre le Linee Guida *non vincolanti* possono essere disattese ma solo dietro *esplicita motivazione*, a pena di illegittimità dei relativi atti per eccesso di potere.

- le Linee Guida n. 6, su “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”, giacché il medesimo art. 80, comma 5 è rimasto integro anche a seguito della riforma;

- le Linee Guida n. 7, in tema di “iscrizione nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*”, visto che neppure l’art. 192, comma 1 è stato riformato;

- le Linee Guida n. 9, sul “monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, perché l’art. 181, comma 4 è rimasto a sua volta invariato;

- le Linee Guida n. 11, recanti “Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all’articolo 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”.

Rimane altresì inalterato il potere dell’Autorità di emanare in futuro le Linee Guida recanti “i requisiti aggiuntivi delle imprese fallite o ammesse al concordato ai sensi dell’art. 110 quinto comma, lettera b del Codice” perché non muta la formulazione dell’art. 110, comma 6 che attribuisce tale compito all’autorità.

Gli effetti pratici della riforma sulle Linee Guida non vincolanti

Più articolato è, invece, il percorso ermeneutico riguardante le Linee Guida non vincolanti. Infatti, il D.L. “Sblocca cantieri” avrebbe dovuto lasciare intatte solo queste ultime, ed eliminare esclusivamente il potere dell’Autorità Anticorruzione di emanarne di nuove a carattere vincolante, trasferendo nel Regolamento unico il contenuto delle Linee Guida vincolanti già emanate (ovviamente con il necessario adeguamento al novellato contenuto legislativo).

Tuttavia, alla luce di quanto sopra illustrato deve concludersi che, a seguito degli interventi di riforma previsti dal D.L. n. 32/2019, il potere in capo all’ANAC di adottare Linee Guida vincolanti permane tutt’ora, anche se limitato alle residue ipotesi in cui le

norme del Codice dei contratti pubblici rinviino espressamente all’apporto attuativo o integrativo dell’Autorità medesima.

Persiste, 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’art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016; ovvero, di elaborare Linee Guida non vincolanti.

L’art. 216, comma 27-*octies* del Codice Appalti prevede, infatti, che dall’entrata in vigore del citato regolamento cessano di avere efficacia solo le Linee Guida di cui all’art. 213, comma 2 del medesimo testo normativo, esclusivamente al verificarsi di due condizioni: 1) quando vertono sulle materie che sono espressamente indicate dal regolamento come oggetto del suo intervento;

oppure,

2) quando sono comunque in contrasto con il medesimo.

In realtà le Linee Guida “interessate dal cambiamento”, ossia che disciplinano le materie oggetto del regolamento e che, quindi, cessano di avere efficacia sono sicuramente le Linee Guida n. 1, “Indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria” e, qualora si dia un’interpretazione estremamente estensiva alla riforma, anche le Linee Guida n. 2, sull’offerta economicamente più vantaggiosa, e le Linee Guida n. 8, sul ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, ma solo sotto soglia.

Restano sicuramente in vigore, poiché non disciplinano argomenti oggetto del Regolamento:

- le Linee Guida n. 10, sull’affidamento del servizio di vigilanza privata;

- le Linee Guida n. 12, sull’affidamento dei servizi legali (5);

- le Linee Guida n. 13, recanti la disciplina delle clausole sociali;

- le Linee Guida n. 14, recanti indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato;

- le Linee Guida n. 15, sull’individuazione e gestione dei conflitti di interesse.

Coerentemente, l’intervento delle Linee Guida non vincolanti deve ammettersi con riferimento alle disposizioni che disciplinano le procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture o l’esecuzione degli stessi. Va escluso, invece, che, al di fuori

(5) Per un approfondimento sulla natura ed efficacia delle Linee Guida n. 12 si veda, di Cavallini I. e Orsetti M., “L’affidamento degli incarichi di patrocinio legale da parte della Pubblica

Amministrazione: applicazioni pratiche per la soluzione ai contrasti interpretativi”, in questa *Rivista*, n. 11/2018, pag. 1431.

del perimetro ora indicato, l'ANAC abbia il potere di adottare Linee Guida, seppur di tipo non vincolante. Inoltre, preme sottolineare come le norme aventi a oggetto procedure di affidamento o quelle relative all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - rispetto cui permane il potere di adottare Linee Guida non vincolanti - possano essere contenute tanto nel Codice dei contratti pubblici, quanto in altri testi normativi, a condizione che riguardino le materie ora indicate. Infatti, se è vero che il citato art. 32 si trova in un *corpus* legislativo diverso dal Codice degli appalti, è altrettanto vero che tale disposizione si occupa di un aspetto, seppur particolare, dell'esecuzione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni: conseguentemente non vi sono ostacoli all'adozione di Linee Guida non vincolanti da parte dell'ANAC (6).

Tale conclusione si impone, infatti, alla luce dello stesso art. 213 del Codice dei 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, lett. 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).

Considerazioni conclusive sul ruolo ANAC, e sulla necessità di motivare la non aderenza dell'attività amministrativa alle Linee Guida non vincolanti

In attuazione dei suddetti principi il Consiglio di Stato, nel Parere 27 dicembre 2019, n. 3235 reso, su richiesta dell'ANAC, circa lo schema di Linee Guida recanti "Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", restituisce all'Autorità il testo con il compito di verificare la compatibilità delle Linee Guida con il Regolamento. Ciò in ragione del fatto che alcuni istituti trattati nelle Linee Guida suddette sono oggetto di disciplina da parte del nuovo testo regolamentare; inoltre l'Autorità dovrà rivedere il suo testo con riferimento alle norme ed istituti disciplinati dal Codice del Terzo settore che non possono rientrare nel campo di operatività di Linee Guida non vincolanti. I Giudici di Palazzo Spada, tuttavia, colgono l'occasione di puntualizzare un concetto di fondo portante rispetto al ruolo dell'ANAC: "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".

In definitiva, il ruolo di ANAC in quanto considerata "un'Autorità, particolarmente qualificata" e, di conseguenza, il sistema di *soft law* con cui si esprime l'attività normativa della medesima, non sono stati, in realtà, poi così ridimensionati a seguito dello "Sblocca Cantieri", come invece appariva dal clamore suscitato in prima battuta sui *mass media*.

Di tal guisa il Consiglio di Stato stesso ha sottolineato l'importanza delle Linee Guida anche nel caso in cui esse non siano vincolanti, al punto da affermare un obbligo di motivazione specifica che deve sempre essere presente alla base della scelta di discostarsi dalle indicazioni in esse contenute.

Il cambiamento illustrato è di portata rilevante ma di certo la *soft law*, così estranea al nostro sistema giuridico perché tipica dei paesi anglosassoni, ed introdotta a partire dal 2016 con lo scopo di creare una disciplina flessibile e capace di adattarsi alla rapida evoluzione che caratterizza il settore degli appalti pubblici, non ha assolto completamente al suo compito: mancano ancora diverse Linee Guida e decreti ministeriali attuativi del Codice Appalti che è rimasto dunque incompleto. Ed anche il regolamento unico, che aveva l'ambizioso obiettivo di disciplinare in maniera esaustiva ed uniforme l'attività di interpretazione ed attuazione del Codice degli appalti e creare un sistema di *hard law* la cui efficacia è ben delineata nel nostro sistema delle fonti del diritto non ha assolto il suo fine, dovendo "soggiacere" alla sopravvivenza delle Linee Guida. Questo coacervo di fonti non aiuta certamente gli operatori del settore che avranno il difficile compito di adeguare le proprie scelte a quattro diverse fonti:

- il D.Lgs. n. 50/2016;
- il Regolamento Unico;
- le Linee Guida ed i decreti ministeriali rimasti vigenti

Al fine di agevolare questo arduo compito si propone un prospetto riassuntivo che elenca tutte le Linee Guida con l'espressa indicazione della loro efficacia o non efficacia per effetto della disciplina dettata dal D.L. n. 32/2019:

(6) Così il Consiglio di Stato, Sez. I, nel parere 17 ottobre 2019, n. 2627.

LINEE GUIDA	VINCOLANTI	NON VINCOLANTI	EFFICACI	NON EFFICACI
Linee Guida n. 1 Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria		X		X
Linee Guida n. 2 Offerta economicamente più vantaggiosa		X		X
Linee Guida n. 3 Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni	X			X
Linee Guida n. 4 Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici	X			X
Linee Guida n. 5 Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici	X		X	
Linee Guida n. 6 Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice	X		X	
Linee Guida n. 7 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	X		X	
Linee Guida n. 8 Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili		X		X
Linee Guida n. 9 Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato	X		X	
Linee Guida n. 10 Affidamento del servizio di vigilanza privata		X	X	
Linee Guida n. 11 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.	X		X	
Linee Guida n. 12 Affidamento dei servizi legali		X	X	
Linee Guida n. 13 La disciplina delle clausole sociali"		X	X	
Linee Guida n. 14 Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato		X	X	
Linee Guida n. 15 Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici		X	X	