



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

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 13 aprile 2022

NUMERO AFFARE 01544/2019

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

richiesta di parere, prot. 85210 del 28 ottobre 2019, in merito alla possibilità di assoggettare le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a proprie società *in house* di cui all'articolo 5 del Codice dei contratti pubblici agli obblighi di informazione necessari all'esercizio delle funzioni di vigilanza spettanti all'ANAC ed alla possibilità di assoggettare i predetti affidamenti diretti all'obbligo contributivo in favore dell'Autorità richiedente.

LA SEZIONE

Vista la nota prot. 85310 del 28 ottobre 2019 con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il parere interlocutorio n. 304/2020 del 3 febbraio 2020;

Viste le note dell'ANAC in data 26 novembre 2021, 28 gennaio 2022 e 16 febbraio 2022;

Visti i pareri del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili in data 1° dicembre 2020 e del Ministero dell'economia e delle finanze in data 28 gennaio 2022;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con la nota prot. 85310 del 28 ottobre 2019, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC) ha riferito:

- che l'ANAC ha recentemente ridefinito gli obblighi informativi e contributivi a carico dei soggetti vigilati, come indicato nel Comunicato adottato in data 16 ottobre 2019, e che nel corso di detta attività è emersa l'esigenza di chiarire l'ambito applicativo dei suddetti obblighi con specifico riferimento ai contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici;

- l'art. 213, comma 3, lettera *a*), del codice dei contratti pubblici stabilisce che l'ANAC vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali e sui contratti secretati, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice;

- l'art. 213, commi 8, del codice dei contratti pubblici ha rimesso all'ANAC la gestione della "Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici", nella quale confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi prodromiche e successive; il successivo comma 9 ha previsto che l'ANAC, per la gestione della predetta banca dati, si avvale dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, stabilendo le modalità di funzionamento dell'Osservatorio nonché le informazioni obbligatorie, i termini e le forme di comunicazione; il comma 13 del medesimo articolo ha infine attribuito all'ANAC il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti;

- con specifico riferimento agli affidamenti disposti in favore di società *in house* ai sensi dell'art. 5, comma 1, del codice dei contratti pubblici, l'ANAC, ai fini della tenuta dell'elenco di cui all'articolo 192 del codice, è legittimata alla raccolta delle informazioni ed alla verifica dei requisiti richiesti per l'iscrizione, operando attraverso procedure informatiche, anche mediante il collegamento con i relativi sistemi in uso presso altre amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici; i commi 1 e 3 del medesimo art. 192 fanno salvo l'obbligo di pubblicazione e di

aggiornamento degli atti connessi all'affidamento diretto sul profilo del committente, nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo n. 33 del 2013;

- sulla base delle suindicate disposizioni normative, l'ANAC è quindi legittimata a richiedere ai soggetti vigilati tutte le informazioni ritenute utili ai fini dell'esercizio dell'attività istituzionale di vigilanza sui contratti pubblici e, con particolare riguardo agli affidamenti diretti alle società *in house*, ai sensi dell'art. 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici, è tenuta ad operare utilizzando procedure informatiche.

2. Ciò premesso, l'ANAC ha rivolto al Consiglio di Stato un primo quesito, per avere *“conferma della possibilità di chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a proprie società in house di cui all'articolo 5 del codice dei contratti pubblici la trasmissione delle informazioni ritenute necessarie allo svolgimento dell'attività di vigilanza mediante imposizione dell'obbligo di acquisizione del CIG e di compilazione delle schede SIMOG appositamente adattate allo scopo, oppure, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante acquisizione del CIG con modalità semplificate (smartCIG)”*.

3. Ha precisato ulteriormente l'ANAC che ulteriori informazioni utili ai fini della verifica del mantenimento dei requisiti per l'iscrizione all'elenco di cui all'articolo 192 del codice dei contratti pubblici potrebbero essere richieste tramite l'applicativo predisposto ai fini dell'inserimento nell'elenco medesimo e che rimarrebbe comunque ferma la non applicabilità, alle fattispecie in esame, della normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari, trattandosi di pagamenti che intervengono tra soggetti pubblici, peraltro anche in assenza del requisito della terzietà.

4. Richiamando le previsioni legislative di cui all'articolo 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (che attribuiscono all'Autorità il potere, al fine di finanziarsi sul mercato di competenza, di determinare annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici o privati, sottoposti alla sua vigilanza nonché le relative modalità di riscossione), in combinato disposto con l'articolo 213, comma 12, del codice dei contratti pubblici, l'ANAC rivolge al Consiglio di Stato un secondo quesito, per avere conferma *“della legittimità di una previsione che assoggetti all'obbligo contributivo gli affidamenti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a proprie*

società in house, introducendo, di fatto, un trattamento differenziato e peggiorativo rispetto a fattispecie contrattuali analoghe in ragione della particolare attività di vigilanza richiesta all'Autorità nel caso concreto". Precisa l'ANAC che dette fattispecie contrattuali analoghe sono rinvenibili negli accordi fra due o più amministrazioni aggiudicatrici (art 5, commi 5-8, del codice), negli appalti e concessioni aggiudicati ad una *joint venture* o ad un ente aggiudicatore facente parte di una *joint venture* (art. 6 del codice) e negli appalti e concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata (art. 7 del codice).

5. Se la risposta al quesito fosse positiva, chiarisce ANAC, in modo innovativo rispetto a quanto sino ad oggi fatto, potrebbe essere introdotto un contributo a carico delle stazioni appaltanti per i casi di affidamento *in house*. Tale contributo non verrebbe viceversa posto a carico delle società *in house*, attesa l'assenza di alterità tra i due soggetti.

6. Con il parere interlocutorio n. 304/2020 del 3 febbraio 2020 la Sezione, sul rilievo della natura innovativa delle questioni poste dall'ANAC con entrambi i quesiti e delle possibili ricadute applicative, anche sul piano economico-finanziario e dei bilanci delle stazioni appaltanti pubbliche, della risposta fornita dal Consiglio di Stato, ha disposto l'acquisizione sui quesiti del preventivo avviso del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze, ciascuno per i profili di rispettiva competenza.

7. L'ANAC ha dunque trasmesso – con nota in data 26 novembre 2021 – il parere del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili reso in data 1° dicembre 2020. Ha dunque trasmesso, con successiva nota del 28 gennaio 2022, il parere del Ministero dell'economia e delle finanze reso in data 28 gennaio 2022. In entrambi i casi ha replicato all'orientamento negativo manifestato dai citati dicasteri e ha ribadito il suo perdurante interesse alla formulazione del parere di questo Consiglio di Stato.

8. L'ANAC ha infine trasmesso un'ulteriore nota di integrazioni argomentative in data 16 febbraio 2022.

Considerato:

1. Con la richiesta di parere in esame l'ANAC ha, come detto, formulato due quesiti: 1): se sia possibile “*chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti a proprie società in house di cui all'articolo 5 del codice dei contratti pubblici la trasmissione delle informazioni ritenute necessarie allo*

svolgimento dell'attività di vigilanza mediante imposizione dell'obbligo di acquisizione del CIG e di compilazione delle schede SIMOG appositamente adattate allo scopo, oppure, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante acquisizione del CIG con modalità semplificate (smartCIG)”; 2): se sia legittima “una previsione che assoggetti all'obbligo contributivo gli affidamenti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a proprie società in house, introducendo, di fatto, un trattamento differenziato e peggiorativo rispetto a fattispecie contrattuali analoghe in ragione della particolare attività di vigilanza richiesta all'Autorità nel caso concreto”.

2. I Ministeri interpellati, per i profili di rispettiva competenza, hanno entrambi fornito una risposta negativa ai suddetti quesiti.

2.1. Il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, nel suo parere in data 1° dicembre 2020, ha così argomentato (in sintesi) il suo avviso negativo:

2.1.a. Riguardo al primo quesito, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha evidenziato che il codice identificativo di gara (CIG), introdotto dalla normativa antimafia (articolo 3, comma 5, della legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal decreto-legge 12 novembre 2010, n. 187, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2010, n. 217) allo specifico fine di assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari in relazione ai pagamenti effettuati dalle Amministrazioni pubbliche in favore di soggetti privati, mal si attaglierebbe al caso degli affidamenti *in house*, nei quali tale finalità non sembrerebbe sussistere, *“dal momento che in tale ipotesi non si verifica alcun pagamento né alcun flusso finanziario da un'Amministrazione pubblica a un soggetto privato che possa dirsi terzo rispetto ad essa, essendo la società in house soltanto uno strumento operativo per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento (non diversamente dall'ipotesi in cui l'Amministrazione stessa provveda a erogarle direttamente attraverso propri uffici o articolazioni)”*. Le disposizioni di cui al richiamato comma 1 dell'articolo 192 del codice dei contratti pubblici sarebbero, ad avviso del Ministero, speciali rispetto ai più generali obblighi di informazione previsti dal successivo articolo 213, funzionali non già all'esercizio degli specifici poteri di vigilanza attribuiti ad ANAC ma alle più generali esigenze di trasparenza e pubblicità dell'attività delle amministrazioni pubbliche, riconducibili alla disciplina generale del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Inoltre,

ha rilevato il Ministero, non si sarebbe in presenza di una "gara", ossia di una procedura selettiva di evidenza pubblica, essendo l'affidamento *in house* soggetto alle diverse modalità procedurali prescritte dal comma 2 dell'articolo 192 del codice dei contratti pubblici.

2.1.b. Anche con riguardo al secondo quesito - concernente gli obblighi contributivi da porre a carico delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a favore di ANAC per gli affidamenti *in house* - il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili si è espresso in senso negativo, sul rilievo che l'affidamento a società *in house* non costituisce “ *ricorso al "mercato di competenza" ma si risolve nell'impiego esclusivo delle risorse materiali e patrimoniali riconducibili alla stessa Amministrazione aggiudicatrice*”.

2.2. Anche il Ministero dell'economia e delle finanze si è espresso, nel parere in data 28 gennaio 2022, in senso negativo su entrambi i quesiti proposti dall'ANAC.

2.2.a. Sotto il primo profilo, pur rilevando (in considerazione della modifica dell'articolo 29, comma 2, del codice dei contratti pubblici, da parte del decreto-legge n. 77 del 2021) l'estensione anche alla categoria delle società *in house* della disciplina inerente agli obblighi informativi e comunicativi a favore dell'Autorità, il Ministero dell'economia e delle finanze, in relazione all'eventuale obbligo di acquisizione del CIG o, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, del CIG con modalità semplificate (smartCIG), ha rinviato “*alle definitive valutazioni in merito del Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili, per quanto di rispettiva competenza*”.

2.2.b. Sotto il secondo profilo, concernente l'obbligo contributivo in favore di ANAC a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per gli affidamenti a proprie società *in house*, il Ministero dell'economia e delle finanze, “*nel condividere il parere del competente Dipartimento della Ragioneria generale dello stato*”, ha rappresentato “*che la previsione di un onere contributivo determinerebbe effetti peggiorativi sui bilanci delle Amministrazioni e degli enti stessi*”.

3. L'ANAC ha replicato ai riferiti pareri ministeriali con le richiamate note in data 26 novembre 2021 e 28 gennaio 2022, facendo poi pervenire un'ulteriore nota di integrazioni

argomentative in data 16 febbraio 2022.

3.1. Riguardo alla posizione espressa dal MiMS, l'ANAC ha richiamato la già citata novità normativa, costituita dalla modifica apportata all'art. 29 (*Principi in materia di trasparenza*) del codice dei contratti pubblici dall'art. 53, comma 5, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, come convertito dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, modifica introdotta, ad avviso dell'ANAC, per consentirle le attività di vigilanza sugli affidamenti *in house* e, in particolare, per la verifica del rispetto delle condizioni di cui all'art. 192, comma 2, del medesimo codice, ribadendo che tali controlli sono rimessi all'Autorità dall'art. 213, comma 2, che estende l'attività di vigilanza anche ai contratti esclusi dall'applicazione del codice. L'ANAC ha quindi argomentato diffusamente le esigenze di rafforzamento della vigilanza sugli affidamenti *in house* e la piena sottoposizione di tali affidamenti alla disciplina sulla trasparenza di cui al d.lgs. n. 33 del 2013.

3.2. Riguardo alla posizione espressa dal MEF, l'ANAC ha osservato che i paventati aumenti dei costi per le Amministrazioni aggiudicatrici sarebbero di importo ridotto e ha insistito nell'assoggettabilità anche degli affidamenti *in house* a tale contribuzione, in linea con le disposizioni vigenti per gli altri contratti esclusi dall'applicazione del codice assoggettati ad analoghe funzioni di vigilanza.

3.3. Con la nota integrativa in data 16 febbraio 2022 l'ANAC ha portato all'attenzione della Sezione la circostanza che alcune società a partecipazione pubblica hanno segnalato l'impossibilità di ottenere il rilascio del certificato di esecuzione lavori (CEL) relativo agli affidamenti *in house* in quanto, per tali affidamenti, non è richiesta l'indicazione del CIG, mentre il sistema informatico richiede, per il rilascio del CEL, la previa indicazione del CIG.

4. Tutto ciò premesso e considerato, il Collegio ritiene di dover fornire una risposta negativa al primo dei due quesiti posti dall'ANAC e favorevole al secondo, con la premessa che gli specifici e puntuali quesiti in esame non investono la più generale questione, qui non messa in discussione, dell'assoggettabilità degli affidamenti *in house* al regime di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, nelle forme e secondo le modalità da ultimo precisate dalla legge n. 108 del 2021 di conversione del decreto-legge n. 77 del

2021, in sede di modifiche apportate ai commi 1 e 2 dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici.

4.1. Per il primo quesito, relativo al CIG, il Collegio condivide i rilievi formulati dal MiMS, atteso che le ragioni sottese alla previsione di tale adempimento – tracciabilità dei flussi finanziari erogati dalle pubbliche amministrazioni a favore di operatori privati – non ricorrono, per i motivi detti, nel caso degli affidamenti *in house*. Soccorre, peraltro, a sostegno di questa tesi anche l'argomento letterale, essendo il codice identificativo di gara per definizione riferito allo svolgimento di procedure di gara, presupposto, questo, evidentemente insussistente nel caso di affidamento diretto *in house*. Gli inconvenienti pratici infine segnalati nella nota del 16 febbraio 2022 non risolvono il tema giuridico proposto e sono comunque risolvibili con opportuni adattamenti del sistema informatico (o con altri mezzi ritenuti appropriati e opportuni).

4.2. Per il secondo quesito, ritiene il Collegio che i controlli, di competenza dell'ANAC, ex art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, da esercitare sulla motivazione per il ricorso all'*in house providing*, nonché l'estensione anche ai contratti esclusi delle sue funzioni di vigilanza (giusta l'art. 213, comma 3, del codice), possano ragionevolmente fondare l'esercizio dell'ampio potere autonomo riconosciuto *in subiecta materia* dalla legge all'Autorità indipendente ai fini dell'assoggettamento anche delle Amministrazioni committenti di affidamenti *in house*.

4.2.1. Non sembra, infatti, risolutiva la considerazione contraria espressa sul punto dal MiMS con riferimento a un'asserita assenza di un "mercato di competenza", con riferimento agli affidamenti *in house*, presupposto che sarebbe richiesto dalla lettera del comma 65 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in base al quale "*le spese di funzionamento . . . dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici . . . sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità*".

4.2.2. L'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, infatti, con previsione integrativa speciale, riferita specificamente all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (oggi ANAC) prevede che *“L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, cui è riconosciuta autonomia organizzativa e finanziaria, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento di cui al comma 65 determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni ad essa dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione, ivi compreso l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”*.

La nozione di *“mercato di competenza”* dell'ANAC, cui fa riferimento il citato comma 65, viene, quindi, specificata, ai fini in esame, dal successivo comma 67, identificandola, a tali fini, nell'ambito di attività dei *“soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza”*.

4.2.3. Nell'ambito dei suddetti poteri, riconosciuti dalla legge, ritiene pertanto la Sezione che l'ANAC possa assoggettare all'obbligo contributivo suindicato gli affidamenti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori a proprie società *in house*, non potendo in senso contrario valere – a fronte del così chiarito disposto normativo – l'obiezione in punto di potenziale aggravio dei bilanci delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, dovendo evidentemente la provvista economico-finanziaria seguire il comando giuridico della legge e non precluderne l'efficacia.

P.Q.M.

Nei termini suindicati è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE
Paolo Carpentieri

IL PRESIDENTE
Paolo Troiano

IL SEGRETARIO
Maria Cristina Manuppelli