

Pubblicato il 15/07/2019

N. 09335/2019 REG.PROV.COLL.
N. 12505/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12505 del 2018, proposto da Ambiente Energia Brianza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Daniela Fioretti, Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sciaudone in Roma, via Pinciana, 25;

contro

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Comune di Seregno, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Utilitalia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Anselmi, Giulio Bertone, Simona Barchiesi, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Simona Barchiesi in Roma, via degli Scipioni 281;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- delle Linee Guida ANAC n. 11, “ *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*” (“Linee Guida n. 11”) pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale del 2 agosto 2018, n. 178;
- di tutti gli atti presupposti e conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, con la relativa documentazione;

Visto l'atto di intervento “ad adiuvandum” di Utilitalia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2019 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe indicato vengono impugnate le “Linee Guida ANAC 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*”, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale del 2 agosto 2018,

- n. 178; l'impugnazione è stata inoltre estesa a tutti gli atti presupposti e conseguenti.
2. Le citate Linee Guida sono state emanate ai sensi dell'art. 177 del D. L.vo 50/2016.
3. Tale norma, dando attuazione all'art. 1, lett. iii), della Legge-Delega del 28 gennaio 2016 n. 11, stabilisce che, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7 del Codice dei Contratti Pubblici ("Codice"), i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del medesimo codice, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare mediante procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei "contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a € 150.000 e relativi alle concessioni". Per la restante parte (20%), i contratti possono essere eseguiti da società "in house" per i soggetti pubblici o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure di evidenza pubblica, anche di "tipo semplificato".
4. L'art. 177 citato prosegue stabilendo:
- che le concessioni già in essere debbono adeguarsi alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del D. L.vo 50/2016;
 - che gli atti relativi alle procedure di affidamento, indette dai concessionari a tal fine, contengano previsioni idonee a garantire la stabilità del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità;
 - che vengano annualmente individuate ed all'occorrenza sanzionate, con l'applicazione di penali contrattuali, le eventuali situazioni di squilibrio;
 - infine il comma 3 della norma demanda all'Anac l'individuazione, con apposite "linee guida", delle modalità che devono essere seguite per verificare il rispetto, da parte dei concessionari, dei limiti percentuali indicati al comma 1.

5. Con Delibera n. 614 del 4 luglio 2018, l'Anac ha dunque adottato, in attuazione del ricordato art. 177, comma 3, del D. L.vo 50/2016, le Linee Guida n. 11, e tanto quando il termine assegnato ai concessionari per adeguarsi alle disposizioni del comma 1 (24 mesi dalla entrata in vigore del D. L.vo 50/2016) era già decorso da oltre tre mesi.

6. Come precisato dalla stessa Anac, nel relativo “incipit”, la parte I delle Linee Guida impugnate contiene indicazioni di natura interpretativa, rese ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice, al fine di favorire la corretta ed omogenea applicazione della normativa. La parte II, invece, contiene indicazioni operative, rese ai sensi dell'articolo 177, comma 3, aventi carattere vincolante.

7. Nella parte I, in particolare al punto 2.1, le Linee Guida specificano che i contratti da affidare con procedure ad evidenza pubblica, al fine di garantire il rispetto delle percentuali indicate dall'art. 177, comma 1, sono quelli afferenti “tutte le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario”, rimanendo escluse solo le ipotesi previste al punto 1.4 delle Linee Guida 11; le Linee Guida affermano, inoltre, sempre al punto 2.1, che le convenzioni in essere debbono essere integrate con l'indicazione degli obblighi derivanti dall'art. 177 (punti 3.1-3.3).

8. La ricorrente è una società del “Gruppo AEB-Gelsia”, è a capitale interamente pubblico ed opera, principalmente, nel settore della illuminazione votiva, e nella gestione di impianti sportivi e di farmacie comunali. Dopo avere richiamato il quadro normativo di riferimento, la ricorrente sostiene che gli affidamenti concessori in suo favore sarebbero da ritenere conformi al diritto europeo *ratione temporis* applicabile.

9. La ricorrente sottolinea che quanto si legge nelle Linee Guida al dianzi ricordato punto 2.1. determina l'obbligo, per i concessionari, di affidare con procedure ad evidenza pubblica anche le prestazioni che essi attualmente eseguono direttamente, con impiego di mezzi propri e di maestranze alle loro

dipendenze: per tale ragione l'adeguamento richiesto determinerebbe la necessità di dismettere parte del patrimonio e di licenziare un gran numero di dipendenti, senza garanzia alcuna che essi possano essere ripresi in carico dai futuri affidatari delle prestazioni.

10. La ricorrente precisa che ha proposto il gravame "cautelativamente", per il caso in cui l'art. 177 fosse ritenuto applicabile nei confronti delle attività svolte. Deduce la illegittimità delle Linee guida per varie ragioni, riconducibili a non conformità all'art. 177 del D. L.vo 50/2016, al quale pure pretendono di dare applicazione, ovvero, alternativamente, ad illegittimità dello stesso art. 177, ove interpretato nel senso indicato dalle Linee Guida n. 11.

11. Preliminarmente, la ricorrente fa presente che, malgrado la dichiarata portata interpretativa delle previsioni contenute nella parte I delle Linee Guida, esse avrebbero comunque portata precettiva e vincolante, in difetto della quale, del resto, neppure le previsioni contenute nella parte II potrebbero avere la portata vincolante, che pure viene loro dichiaratamente attribuita.

Nello specifico, ritiene che l'Anac abbia errato laddove ha ritenuto che "*i contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 177*" debbano riguardare anche le prestazioni direttamente svolte dal concessionario. Sostiene che, ove non sia possibile ricavare una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 177 che escluda dal suo campo di applicazione l'esecuzione diretta delle attività rientranti nella concessione, sia sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 1, 3 (comma 1), 4, 35-36, 41, 42 e 76 della Costituzione.

12. Costituendosi in giudizio per resistere al ricorso, l'Anac, con il ministero della difesa erariale, ne ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità in relazione al carattere generale ed astratto delle Linee Guida in contestazione, alla conseguente carenza d'immediata lesività delle stesse ed al connesso difetto di legittimazione ad agire della ricorrente.

12.1. Ha rammentato l'Autorità che, per giurisprudenza consolidata, il processo amministrativo non costituisce una giurisdizione di diritto oggettivo, volta a ristabilire una legalità che si assume violata, ma ha la funzione di dirimere una controversia fra un soggetto che si afferma leso in modo diretto e attuale da un provvedimento amministrativo e l'Amministrazione che lo ha emanato (cfr. Consiglio di Stato ad. gen., 06/06/2012, n. 3240); pertanto, mancando un provvedimento attuativo delle Linee Guida impugnate, nessuna lesione delle posizioni giuridiche soggettive della ricorrente può ipotizzarsi quale effetto delle medesime.

12.2. Ha soggiunto l'Anac che le Linee Guida, laddove impartiscono direttive di interpretazione dell'art. 177, individuano le tipologie di concessionari, tenute al rispetto di tale norma, in modo generico e per categorie generali, senza disciplinare in modo specifico gli affidamenti di una particolare categoria di concessionari, e senza tener conto della peculiare disciplina vigente nello specifico settore: *“Ciò anche considerato che l'articolo 177 conferisce all'Autorità il compito di individuare le modalità della verifica del rispetto delle percentuali di affidamento esterno individuate dalla norma e che l'esigenza di specificare l'ambito temporale, soggettivo e oggettivo di applicazione, come pure di individuare i contratti assoggettati alla norma, è sorta come presupposto per l'attuazione della delega. La disciplina della fattispecie specifica dovrà, quindi, essere ricavata in sede di applicazione, anche attraverso il coordinamento delle previsioni codicistiche con le disposizioni di settore. Nell'ambito di tale attività potranno essere prese in considerazione esigenze particolari connesse a determinate tipologie di concessioni, che possono derivare dalla specifica normativa di riferimento, dalla particolarità dell'oggetto del contratto, da peculiari esigenze organizzative o di funzionamento necessarie per lo svolgimento delle prestazioni dedotte in concessione”*.

13. Si è costituita in giudizio, con atto di intervento *ad adiuvandum*, Utilitalia, Federazione che riunisce le Aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica, del Gas, delle Telecomunicazioni. Premesso di essere legittimata a intervenire in ragione delle proprie

prerogative istituzionali a tutela degli associati, in base alle norme statutarie, aderisce alle contestazioni svolte dalla parte ricorrente.

14. L'Anac ha chiesto anche che sia dichiarato inammissibile l'atto di intervento di Utilitalia, per carenza di legittimazione attiva, in quanto l'associazione non sarebbe pregiudicata dalla delibera e degli atti impugnati.

15. Il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 22 maggio 2019, allorché è stato introitato in decisione.

16. Il Collegio ritiene fondata la preliminare eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa erariale.

17. Le Linee Guida impugnate con l'atto introduttivo del giudizio sono state emanate, come già precisato, ai sensi dell'art. 177, comma 3, del D. L.vo 50/2016, il quale si legge testualmente come segue:

“La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrate entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica”.

18. A parere del Collegio l'esame della dianzi riportata previsione consente di affermare, in primo luogo, che il potere dell'Anac, di emanare direttive nella materia di che trattasi, deve intendersi limitato alla sola individuazione delle modalità di verifica e calcolo delle percentuali di esternalizzazione imposte dall'art. 177, comma 1.

18.1. E' opinione del Collegio che con la norma in questione il legislatore abbia inteso prevenire le difficoltà che si sono registrate nell'ambito delle concessioni autostradali, in relazione alle quali già da anni è entrato in vigore il sistema che impone la parziale esternalizzazione dei lavori posti a carico dei concessionari, secondo percentuali che, tra l'altro, hanno anche subito

variazioni nel corso del tempo ed in costanza della medesima concessione. Nell'ambito di tale settore, ad esempio, si è verificato che il MIT abbia talora imposto il rispetto delle percentuali su un arco di tempo quinquennale, altre volte, invece, su un arco di tempo più ridotto, e tutto ciò a fronte della mancanza di specifiche indicazioni in tal senso nelle convenzioni e, dunque, nel disaccordo con il concessionario, che riteneva che il rispetto delle percentuali di esternalizzazione dovesse essere verificato solo a fine concessione, confrontando i valori complessivi degli importi dei contratti esternalizzati e di quelli affidati "in house".

18.2. Ritiene pertanto il Collegio che l'art. 177, nel demandare all'Anac l'individuazione delle "modalità" di "verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1", abbia inteso affidare a tale Autorità il (solo) compito di precisare, con norme di carattere pratico e prima che si avviasse l'adeguamento delle concessioni, le basi per il calcolo delle percentuali, il momento cui fare riferimento per il rilievo dei parametri di calcolo e la cadenza delle verifiche, ed eventuali altri aspetti concernenti, in via diretta, solo le modalità di rilievo delle c.d. "situazioni di squilibrio". Il legislatore, invece, nulla ha disposto, nell'ambito dell'art. 177, circa il fatto che l'Anac potesse emanare direttive interpretative del comma 1 o riguardanti l'ammontare della sanzione, sulla quale pure il legislatore è intervenuto direttamente. Per tale ragione si deve escludere che tutta la parte I delle Linee Guida impugnate, deputata a delimitare l'ambito oggettivo e soggettivo nonché l'ambito temporale di applicazione delle nuove percentuali di esternalizzazione, possa ritenersi espressione del potere regolatorio effettivamente demandato all'Anac dall'art. 177, comma 3.

18.3. Come si legge nell' "incipit" delle Linee Guida impugnate – l'Anac ha ritenuto di emanare "linee guida" meramente interpretative della norma primaria sulla base dell'art. 213, comma 2, del D. L.vo 50/2016.

18.3.1. L'art. 213, comma 1, demanda all'Anac, in generale, il compito di vigilare sui contratti pubblici e sulla "attività di regolazione degli stessi"; il

comma successivo, richiamato espressamente dalla Linee Guida impugnate a chiarimento della relativa base giuridica, si legge invece come segue:

“2. L'ANAC, 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. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice”.

Il Collegio osserva che è stato più volte affermato che *“linee guida non vincolanti”* (le quali traggono la propria fonte di legittimazione nella generale previsione di cui al comma 2 dell'articolo 213 del nuovo “Codice dei contratti”), lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiano soltanto quale strumento di *“regolazione flessibile”*, con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026).

Dunque, le *“linee guida non vincolanti”* non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo scopo, al pari delle circolari interpretative, di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei.

18.4. Per concludere sul punto, si deve affermare che le previsioni contenute nella parte I delle “Linee Guida dell’ANAC, n 11”, non hanno portata lesiva e non sono, quindi, immediatamente impugnabili.

19. Anche per quanto riguarda la parte II delle linee guida, autoqualificatasi “vincolante”, con la quale sono specificati taluni obblighi in capo al concedente e ai concessionari anche in relazione alla pubblicazione di dati riguardanti la concessione, l’atto di regolazione dell’Anac non presenta carattere immediatamente lesivo. Infatti, gli operatori economici che ritengano di non doversi adeguare alle indicazioni ivi contenute in ragione della peculiarità del rapporto concessorio non incorrono immediatamente nella sanzione: l’art. 177, comma 3, infatti, con norma a carattere chiaramente vincolante, da una parte stabilisce che le sanzioni vengono applicate dagli enti concedenti solo quando una “situazione di squilibrio” sia constatata per due anni consecutivi, d’altra parte prevede che la verifica delle situazioni di squilibrio deve essere effettuata annualmente: è evidente che l’esito di siffatta verifica annuale deve necessariamente sfociare in un formale atto dell’ente concedente, il quale dovrà rendere il concessionario edotto delle ragioni per cui l’amministrazione ritiene comunque applicabile nei suoi confronti l’articolo 177, nonché dell’eventuale esito sfavorevole della verifica e della riscontrata situazione di squilibrio, in modo da consentirgli di porre rimedio alla situazione e di evitare la sanzione l’anno successivo.

20. Sarà dunque con l’atto mediante il quale gli enti concedenti contesteranno agli operatori economici, all’esito della prima verifica annuale successiva alla scadenza del termine per l’adeguamento alle previsioni dell’art. 177, comma 1, l’esistenza di una “situazione di squilibrio”, che sorgerà per tali operatori l’interesse concreto a sollecitare un controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione ed interpretazione dell’art. 177, e ciò in tempo utile prima di essere attinti dalla sanzione.

21. Il Collegio, pertanto, allo stato non ravvisa, in capo alla ricorrente, un interesse attuale e concreto ad ottenere l’annullamento delle impugnate

previsioni delle Linee Guida n. 11.

22. Il ricorso in epigrafe indicato va pertanto, conclusivamente, dichiarato inammissibile.

23. La novità della questione giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO