

Codice Appalti, il CdS blocca le linee guida sulle concessionarie

10 Maggio 2018

Con il parere 1152/2018, il Consiglio di Stato ha bloccato le **linee guida dell'Anac n. 7** sul limite 80 - 20 per gli affidamenti in house delle concessionarie.

Il CdS ha chiesto all'Anac una serie di spiegazioni sul testo, che sembra prestarsi a molteplici interpretazioni. Nel frattempo la norma resta congelata.

Codice Appalti e affidamenti in-house

Uno degli obiettivi del Codice Appalti (**D.lgs. 50/2016**) è la riduzione degli affidamenti in-house, cioè senza bando, a società controllate dalle Amministrazioni.

Una società è considerata **in-house** se l'Amministrazione o l'ente aggiudicatore esercita su di essa un **controllo** "analogo a quello esercitato sui propri servizi". La società in house non può avere nessuna autonomia: oltre l'80% delle attività svolte devono essere effettuate per conto dell'Amministrazione che le controlla e non devono esserci partecipazioni di capitali privati.

Allo stesso tempo, gli affidamenti in house sono possibili per la produzione di un servizio di interesse generale, la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, la realizzazione e gestione di un'opera pubblica attraverso un contratto di partenariato, l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, servizi di committenza a supporto di enti senza scopo di lucro.

Appalti delle concessionarie, il limite 80-20

In base al Codice Appalti e alle linee guida n.7, per le concessioni di importo pari o superiore a **150mila euro**, non affidate con la formula della finanza di progetto o con gara pubblica, la concessionaria ha l'obbligo di affidare con gara almeno l'80% del valore dei lavori, servizi o forniture. Gli affidamenti in-house, cioè a società controllate dall'Amministrazione, possono ammontare al massimo al 20% del valore.

L'importo di **150 mila euro** si riferisce al **valore della concessione**, non a quello dell'appalto da affidare (con gara o in house). Questo significa che i titolari di una concessione di valore pari o superiore a 150mila euro dovranno conteggiare nel limite 80-20 tutti i contratti, anche quelli di piccolo importo.

La normativa precedente prevedeva l'obbligo di affidare con gara almeno il 60% del valore dei lavori, servizi o forniture e la possibilità di affidare in house il 40% del valore. Questi limiti più permissivi sono rimasti in vigore solo per le concessionarie autostradali.

Periodo transitorio e controlli

Per dare al sistema il tempo di adeguarsi, l'Anac ha inoltre previsto un **periodo transitorio**, che è scaduto il 19 aprile scorso. Entro questo termine, i titolari delle concessionarie hanno quindi dovuto

rinnovare i contratti eventualmente scaduti adeguandosi ai limiti 80-20, quindi, se necessario, bandendo gare pubbliche o attivando la procedura del project financing.

A partire dal 19 aprile sono stati previsti controlli annuali. L'obbligo di attenersi al limite 80-20 deve essere rispettato **anno per anno**, non su base pluriennale.

Appalti delle concessionarie, il parere del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ha considerato poco chiare le linee guida dell'Anac e ha chiesto chiarimenti su cinque punti prima di esprimersi.

I giudici hanno chiesto innanzitutto di chiarire inequivocabilmente se le linee guida si applicano anche ai **settori speciali**, cioè ai contratti nel settore dell'energia, dell'acqua e dei trasporti. A detta del CdS, si tratta di un'ipotesi da escludere dal momento che, in base all'articolo 7 del Codice Appalti, le regole sui limiti 80-20 non si applicano alle concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata.

Il CdS ritiene che potrebbero crearsi degli equivoci sul **periodo transitorio**. Le linee guida stabiliscono che l'adeguamento ai nuovi limiti 80-20 è effettuato man mano che i contratti in essere vengono a scadenza. Secondo i giudici, questa affermazione potrebbe essere intesa in contraddizione rispetto al Codice Appalti, che ha concesso un periodo di adeguamento di due anni (terminato il 19 aprile 2018). Il problema non si pone per i contratti che, scadendo durante il periodo transitorio, vengono rinnovati secondo le nuove regole, ma per quelli che, avendo una scadenza successiva al 18 aprile 2018 potrebbero essere considerati validi fino alla loro naturale scadenza. Sulla base di questo dubbio, i giudici hanno chiesto di definire in modo chiaro se i contratti devono essere sciolti anticipatamente, e stipulati nuovamente attenendosi al limite 80-20, o se è possibile attendere la loro scadenza naturale.

Per effettuare in modo efficace i **controlli** sul rispetto delle nuove regole, il CdS ha chiesto all'Anac di spiegare se l'obbligo di affidare l'80% dei contratti con gara decorre dal momento dell'indizione della gara, dell'aggiudicazione o della firma del contratto e se va considerato l'importo della gara o quello del contratto firmato.

Il Consiglio di Stato ritiene inoltre utile esplicitare a **quali procedure** attenersi nei bandi di gara. I giudici non sanno infatti se per bandire le gare pubbliche tutti i concessionari devono rispettare integralmente i contenuti del Codice Appalti o se bisogna attenersi ai limiti previsti dall'articolo 164, comma 5 del Codice, in cui però "non ci sono specifiche indicazioni sulle procedure di evidenza da seguire".

Le linee guida dell'Anac prevedono infine l'obbligo dei concessionari di elaborare un **programma annuale degli affidamenti**, da trasmettere ai rispettivi concedenti. Secondo il CdS, si tratta di una disposizione che non ha una copertura normativa e che non avrebbe un valore vincolante.