



4 NOVEMBRE 2020

L'inquadramento delle Linee Guida
ANAC nel sistema delle fonti alla luce
dell'interpretazione del Consiglio di
Stato successiva all'entrata in vigore del
d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e
questioni aperte

di Celeste Chiariello
Ricercatore in Diritto costituzionale
Università Telematica Pegaso



L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*

di Celeste Chiariello

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università Telematica Pegaso

Abstract [It]: Con l'adozione del d.l. n. 32/2019 (c.d. decreto Sblocca Cantieri) e della sua legge di conversione – con cui è stato previsto il ritorno al Regolamento unico – la funzione regolatoria dell'ANAC è stata ridimensionata e il potere di emanazione delle Linee Guida è stato confinato ad alcune limitate materie. Tale scenario ha nuovamente portato il Consiglio di Stato a tentare di chiarire la natura di tali atti e la relativa collocazione nel sistema delle fonti.

Abstract [En]: With the adoption of the legislative decree n. 32/2019 (known as the decree to “Deblock construction sites”) and its conversion law, which predicated the return to a Single Regulation, the regulatory function of ANAC has been reduced as the power to issue guidelines has been limited to only a few areas. This scenario has again led the Attorney General (Consiglio di Stato) to attempt to clarify the nature of such guidelines and their relative classification within the regulatory framework.

Sommario: 1. Il potere di regolazione dell'ANAC. 2. Le Linee Guida dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici. 3. Il difficile inquadramento delle Linee Guida come atti di soft-law. 4.1. Le novità introdotte dal d.l. n. 32/2019. 4.2. Il residuo potere di emanazione delle Linee guida non vincolanti. 5. I rilievi del Consiglio di Stato in vista dell'adozione del regolamento unico. 6. Considerazioni conclusive.

1. Il potere di regolazione dell'ANAC

L'Autorità nazionale anticorruzione esercita le sue funzioni¹ – quella regolatoria e quella sanzionatoria – al fine di garantire un più efficiente controllo sui soggetti coinvolti nell'affidamento e nella gestione degli appalti e delle concessioni².

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per approfondimento sul tema, cfr. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1997, 645-664 (pubblicato anche in *Autorità indipendenti e principi costituzionali/Associazione italiana dei Costituzionalisti – Università degli studi di Napoli “Federico II”*, Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997); S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti* (dir.amm), in Roma, *Enc. Giur.*, 1995, 1; M. DE BENEDETTO, voce *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Roma, 2006, 588 ss.; M. MANETTI, *Autorità indipendenti. Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, 1997; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

Tuttavia la funzione regolatoria dell’Autorità ha destato sin dal principio non poche e spesso contraddittorie riflessioni dottrinarie, per il suo posizionamento “a metà strada” tra l’attività normativa e l’attività amministrativa. Infatti, l’attività di regolazione dell’ANAC si estrinseca nell’adozione di atti soggettivamente amministrativi, ma talvolta caratterizzati da un grado di vincolatività, astrattezza e generalità tale da confonderli con gli atti normativi. In particolare, in attuazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, l’ANAC esercita un potere che non è legislativamente predeterminato né disciplinato da fonti di rango primario, mediante il quale vengono però introdotte regole di condotta per gli operatori del settore con un grado di vincolatività più o meno intenso.

Tra gli atti regolatori adottati dall’ANAC di particolare rilievo, seppure connotate da una dubbia natura giuridica, si collocano le Linee guida, ossia – come da ultimo definite in generale dal Consiglio di Stato – atti regolativi autonomi che intervengono generalmente in settori ad alto tasso di tecnicismo «come parametro integrativo della legge, sviluppato poi secondo moduli sempre più prescrittivi e di tipo normativo (con profili talora considerati problematici quanto al rispetto del principio di legalità)³».

2. Le Linee Guida dell’ANAC nel settore dei contratti pubblici

Il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha accresciuto i poteri di vigilanza dell’ANAC, chiamata ad assicurare il rispetto di quei principi di concorrenza ed efficienza nel mercato cui le Direttive europee del 2014 hanno attribuito un ruolo di primaria importanza. Più in particolare il legislatore, con l’art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, ispirandosi all’ormai frequente fenomeno della “fuga dal regolamento”, attribuisce espressamente all’Autorità nazionale anticorruzione i compiti di vigilanza e controllo sui contratti pubblici, nonché l’attività di regolazione degli stessi (funzioni peraltro che le erano già state attribuite dall’art. 19 del richiamato d.l. n. 90/2014, al fine di prevenire e contrastare l’illegalità e la corruzione).

Per quanto specificamente concerne invece l’attività di regolazione, ai sensi del comma 2 del menzionato art. 213, d.lgs. n. 50/2016⁴, «L’ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo,

² C. CONTESSA, *Il ruolo dell’ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Il libro dell’anno 2017*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., Torino, 2017. Sostiene l’Autore che la trasformazione della vecchia AVCP nella “più roboante” Autorità Anticorruzione denota, anche dal punto di vista semantico, una sostanziale identificazione fra il settore dei contratti pubblici e quella della corruzione.

³ Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, *Richiesta di parere in ordine al documento «Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del dlgs. n. 165/2001 (c.d. whistleblowing)»*.

⁴ Art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016: «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

contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti». Pertanto l'Autorità, al fine di completare il quadro normativo delineato dal Codice, funzionale a contrastare la corruzione nel mercato delle commesse pubbliche, ha il potere di adottare diverse tipologie di atti, tutti riconducibili alla categoria degli «strumenti di regolazione flessibile». Invero, per comprendere che cosa si intende con tale locuzione bisogna indagare le caratteristiche sostanziali di ciascuno di essi, a prescindere dalla mera definizione. Infatti, ogni atto giuridico – per sua natura soggetto al principio di legalità e tipicità – viene qualificato per gli effetti che è chiamato a produrre.

Segnatamente, in linea generale, al fine di individuare la natura di un atto proveniente dalla pubblica amministrazione, ossia al fine di qualificarne il relativo contenuto quale normativo, è necessario guardare al suo dispositivo: qualora cioè si individuino prescrizioni a carattere cogente, innovative dell'ordinamento e da applicarsi in via generale e astratta, l'atto ha carattere sostanzialmente normativo, di rango secondario alla stregua del regolamento, con tutte le conseguenze che da tale configurazione derivano in termini di disciplina applicabile anche ai fini della validità dello stesso.

Tuttavia, l'inquadramento delle Linee guida dell'ANAC all'interno del sistema delle fonti si rivela problematico, in quanto l'ampiezza della delega conferita all'Autorità comporta che il relativo carattere di secondarietà nel sistema delle fonti non è sempre agevolmente riconoscibile proprio in ragione della mancanza di una regolamentazione di rango primario⁵.

Di tali problematiche si è interessato il Consiglio di Stato sin dall'ormai noto parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855, sullo schema del d.lgs. n. 50/2016, nell'esame della varietà degli strumenti attuativi previsti dalla legge di delega e dal Codice stesso. In particolare infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega n. 11/2016, insieme con i poteri di «controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio», è stato attribuito all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri

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».

⁵ V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 75 ss.; R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di Diritto Amministrativo. Diretto da Giuseppe Santaniello*, Padova, 2010. la delega da parte del legislatore di poteri normativi ad organi amministrativi riguarda generalmente materie di elevata complessità tecnica, soggette a rapida evoluzione, rispetto alle quali il Parlamento non è in grado di dettare un sistema di regole certe. Tuttavia, la dottrina ha spesso evidenziato come deleghe normative così ampie rischino di svuotare il contenuto del principio di legalità sostanziale, soprattutto in assenza di parametri di riferimento sufficientemente determinati a livello di fonte legislativa primaria. M. CLARICH, op. cit.

strumenti di regolazione flessibile», eventualmente «dotati di efficacia vincolante» e comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa. Tale scelta si conforma all'intenzione di avere una normativa di rango primario snella, che non si soffermi sugli aspetti di dettaglio, ma che per non degenerare in una delega in bianco in favore delle stazioni appaltanti deve necessariamente accompagnarsi a misure amministrative di c.d. *soft law*, che garantiscano agli operatori la corretta e uniforme interpretazione della normativa⁶.

Il Consiglio di Stato ha dunque identificato tre tipologie di Linee guida⁷:

- quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, a carattere vincolante *erga omnes*, previo parere delle competenti commissioni parlamentari;
- quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*;
- quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Nell'individuazione della relativa natura giuridica, è stato evidenziato come i decreti ministeriali o interministeriali⁸ hanno una chiara efficacia innovativa dell'ordinamento, con una applicazione generale e astratta, di talché, qualsivoglia *nomen juris* sia stato loro fornito dal legislatore delegante e da quello delegato, tali atti devono essere considerati alla stregua dei regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, con tutte le conseguenze in termini di forza e valore dell'atto; forma e disciplina procedimentale; implicazioni sulla potestà regolamentare costituzionalmente riconosciuta a favore delle Regioni, considerato che la materia dei contratti pubblici rientra nella competenza di queste ultime.

Più complessa si è invece rivelata la qualificazione giuridica delle Linee guida adottate dall'ANAC, le quali generalmente si sostanziano in atti di indirizzo dal contenuto diversificato, che il più delle volte si esplicitano in raccomandazioni e consigli, più o meno stringenti, ma che possono assumere anche la forma di disposizioni imperative.

Invero, *nulla quaestio* circa la configurazione di quelle a carattere non vincolante quali atti amministrativi a contenuto generale; mentre maggiori problematiche sono sorte per l'inquadramento sistematico delle Linee guida vincolanti, anche in ragione della mancanza di un fondamento chiaro per una diretta innovazione del nostro sistema delle fonti. In ogni caso, il Consiglio di Stato ha ritenuto sin dal principio «preferibile» l'opzione interpretativa che combina la valenza generale dei provvedimenti con la

⁶ Cfr. ANAC, Audizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone nell'ambito dell'esame del ddl. n. 1678/2014 (delega al recepimento direttive appalti e concessioni), Senato della Repubblica – VIII Commissione Lavori pubblici, 18 febbraio 2015.

⁷ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855 del 1° aprile 2016, *Schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11*, 37 ss.

⁸ A titolo esemplificativo, tra i decreti ministeriali si cita l'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, in tema di requisiti dei progettisti delle amministrazioni aggiudicatrici, e l'art. 111, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50/2016 in tema di direzione dei lavori; tra i decreti interministeriali, l'art. 144, comma 5, del Codice in tema di servizi di ristorazione.

natura di autorità amministrativa indipendente del soggetto emanante, conseguendone che sarebbe dunque «logico» ricondurre le Linee guida vincolanti dell'ANAC alla categoria degli atti amministrativi generali “di regolazione” delle Autorità indipendenti, differenti dai regolamenti in senso proprio. Ne consegue l'applicazione di tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione riconosciute a tale tipologia di atti, quali, per quanto riguarda il procedimento di adozione, la necessaria sottoposizione delle stesse a una preventiva fase di consultazione, accompagnata dall'analisi di impatto della regolazione (AIR) e dalla successiva verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), oltreché il rispetto degli obblighi di pubblicità.

3. Il difficile inquadramento delle Linee Guida come atti di soft-law

Le Linee guida costituiscono «una novità assoluta nella contrattualistica pubblica», si distinguono in vincolanti e non vincolanti, e queste ultime sono state assimilate, secondo una tesi, alla categoria di stampo internazionalistico della c.d. *soft law*; secondo altra tesi, alle circolari intersoggettive interpretative con rilevanza esterna, operando il Codice appalti un rinvio formale alle stesse⁹. In ogni caso, nonostante ai sensi dell'art. 213, d.lgs. n. 50/2016, il novero dei poteri e compiti di vigilanza dell'ANAC sia penetrante ed esteso, nel vigente quadro costituzionale «non può ammettersi, in tal delicato settore, un generale vincolante potere interpretativo con effetto *erga omnes* affidato ad organo monocratico di Autorità Amministrativa Indipendente¹⁰». Ne consegue l'incerto e difficile inquadramento delle Linee guida nel sistema delle fonti, nell'attuazione del loro compito di integrare e definire la normativa primaria delineata dal Codice dei contratti pubblici.

Più in particolare, parte della dottrina, contrariamente alla richiamata interpretazione del Consiglio di Stato resa nel parere n. 855/2016, ritiene che le Linee guida dell'ANAC non possano essere ricomprese tra gli atti amministrativi generali¹¹, in quanto questi ultimi, a differenza degli atti normativi, hanno un oggetto determinato, esaurito il quale si esauriscono anche i relativi effetti, i cui destinatari sono inoltre determinabili a posteriori¹². Ne consegue pertanto che gli «atti di indirizzo» a efficacia vincolante avrebbero natura di atti regolamentari, qualora sia accertata la sussistenza dei tre requisiti tipici di tale tipologia di provvedimenti, ossia: *i*) che la legge attribuisca all'autorità promanante il relativo potere; *ii*)

⁹ Si veda, ad esempio, l'art. 36, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰ Tar Umbria, I, sent. 31 maggio 2017, n. 428. Nel caso di specie, il Giudice amministrativo ha specificato che i comunicati ermeneutici dell'ANAC, per quanto autorevoli, possono essere disattesi. Infatti i comunicati del Presidente sono atti atipici privi di efficacia vincolante, trattandosi di «meri opinamenti inerenti l'interpretazione della normativa in tema di appalti pubblici».

¹¹ G. MORBIDELLI, *Linee Guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2017. L'Autore in particolare rileva come Le linee guida non obbligatorie possano anche avere a oggetto uno specifico contratto, ma in tal caso dovrebbero considerarsi piuttosto espressione del potere di vigilanza dell'Autorità.

¹² Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 4 maggio 2012, n. 9.

che l'atto si esprima attraverso precetti, e non per obiettivi o programmi; *iii*) che l'atto si esprima attraverso previsioni generali e astratte. In altri termini, il Codice avrebbe previsto una sorta di “riserva regolamentare” nei confronti dell'ANAC, che trova legittimazione nella circostanza che non vi è un *numerus clausus* di soggetti dotati di potere regolamentare, nonché nella natura tecnica e imparziale delle autorità indipendenti, superando in tal modo anche il “deficit di democraticità” dell'Autorità.

In ogni caso, nel parere della Commissione speciale n. 1767 del 2 agosto 2016, il Consiglio di Stato ha chiaramente ribadito che le Linee guida vincolanti adottate dall'ANAC «non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare». Specifica poi la Commissione che per gli atti di regolazione il principio di legalità assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi, posto che la legge, in ragione del tecnicismo della materia, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando alle Autorità il potere di svilupparne le modalità di esercizio.

Invero lo stesso Consiglio di Stato, con parere della Commissione speciale n. 2284 del 3 novembre 2016, ha poi specificato che «le linee guida possono, a seconda dei casi, assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di *soft law*».

Nella prima ipotesi rientrerebbero certamente le Linee guida ministeriali, da considerare vere e proprie fonti del diritto in ragione della loro portata generale e astratta, nonché della loro capacità di innovare l'ordinamento; nella seconda ipotesi rientrano invece le Linee guida approvate con Delibera dell'ANAC, e a maggior ragione le Linee guida per obiettivi ovvero quelle non direttamente vincolanti, molto più frequenti. Tuttavia l'inquadramento all'interno di quell'ampia e variegata categoria della *soft law* non appare del tutto corretto, in quanto gli atti di *soft law* – la cui origine si rinviene nel diritto internazionale e nella quale vengono variegati tipi di atti atipici o non previsti, con effetti giuridici di vario genere¹³, in contrapposizione alla c.d. *hard law*, data dall'insieme delle fonti tradizionalmente intese – sono caratterizzati dall'assenza di vincolatività delle relative prescrizioni e la loro osservanza è pertanto rimessa alla sola volontà dei soggetti interessati, sia pure indotta dalla *moral suasion* dell'autorità emanante.

¹³ La c.d. *soft law* è una categoria giuridica coniata dalla dottrina per indicare una variegata tipologia di atti e strumenti caratterizzati dalla non vincolatività delle relative prescrizioni, comunque idonei a produrre effetti giuridici. In particolare, la c.d. *soft law* è tradizionalmente definita come “*Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed and legally binding force as such, but nevertheless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed and may produce practical effects*” (L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, 112). In altri termini, si tratta di un complesso di strumenti, tecniche regolative e fonti di produzione contenenti regole di condotta che, pur assumendo forma scritta in documenti ufficiali privi di forza legale vincolante, sono in grado di produrre effetti pratici concreti, quali la capacità di indirizzare ed orientare i comportamenti dei destinatari dei loro precetti. Per approfondimenti, cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

Le Linee Guida vincolanti dell'ANAC sono invece atti per loro natura idonei a intervenire nella sfera giuridica dei soggetti cui si indirizzano mediante la definizione di diritti e obblighi; del resto sono state chiamate a sostituire le disposizioni regolamentari integrative del Codice previgente, abrogate per l'appunto con la loro adozione. Inoltre l'onere di motivazione previsto in caso di disapplicazione delle Linee Guida non vincolanti non consente alle stazioni appaltanti di non conformarsi secondo una valutazione del tutto discrezionale.

Altra opzione vagliata è stata quella di considerare le Linee Guida non vincolanti alla stregua delle circolari¹⁴; tuttavia anche tale configurazione non appare ottimamente calzante, in quanto le prime non hanno efficacia interna, mentre le seconde sono destinate a soggetti in posizione gerarchicamente subordinata appartenenti alla medesima amministrazione.

In ogni caso, come affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa, le Linee guida non vincolanti non fissano regole di carattere prescrittivo, ma sono uno strumento di regolazione flessibile con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte, non risultando pertanto le stesse idonee ad assurgere a parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara¹⁵.

Per quanto concerne poi la loro efficacia, quando le Linee Guida si limitano a fornire inviti o suggerimenti, i rispettivi destinatari possono disattenderle fornendo adeguata motivazione; qualora invece vengano adottate al fine di individuare comportamenti ispirati alle *best practices* internazionali, rappresentano canoni oggettivi di comportamento che possono essere disattesi soltanto ove si dimostri che la fattispecie concreta non rientri nel loro ambito di applicazione. Al di fuori di tali ipotesi, la violazione delle Linee guida può rappresentare un elemento sintomatico dell'eccesso di potere¹⁶, conseguendone che anche le Linee guida non vincolanti devono essere rispettate, salvo che le amministrazioni non dimostrino che vi siano fondate ragioni per non osservarle.

Invero, non sempre è agevole distinguere le Linee Guida vincolanti dalle Linee Guida non vincolanti, sebbene talvolta la relativa natura obbligatoria e vincolante sia identificabile alla stregua del dato normativo che le prevede; così come anche la natura di atto di indirizzo può apparire conclamata. In particolare, secondo una prima tesi, il tenore letterale dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 – e la denominazione stessa di “linee guida” – non consente di riconoscere loro valore vincolante se non nelle ipotesi in cui siano espressamente qualificate come tali dal legislatore, atteso peraltro che tale tipologia

¹⁴ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, giustamm.it, n. 4/2016. Cfr. anche Tar Lombardia, Brescia, II, sent. 26 febbraio 2018, n. 218.

¹⁵ Consiglio di Stato, V, sentenza 22 ottobre 2018, n. 6026.

¹⁶ Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 1767 del 2 agosto 2016; nello stesso senso, Consiglio di Stato, parere n. 1257 del 29 maggio 2017.

di atti generalmente appartiene, salvo previsione contraria, alla categoria della c.d. *soft law*¹⁷. Un contrario orientamento invece ha sostenuto che la vincolatività delle linee guida è intrinsecamente connessa alla funzione loro demandata dal Codice: la sussistenza di precetti attuativi e integrativi della fonte primaria è sufficiente ad affermarne l'efficacia obbligatoria; qualora invece il dato normativo si presenti già completo e le linee guida si limitano a delinearne la buona prassi applicativa, si deve concludere per il loro carattere non vincolante¹⁸.

Alla luce di tali considerazioni, si rivela quindi fondamentale prescindere dal dato letterale e procedere con un'analisi del contenuto delle specifiche Linee guida, al fine di individuarne la effettiva portata e le conseguenze che derivano dalla loro eventuale disapplicazione, posto peraltro che all'interno del medesimo strumento di regolazione flessibile si possono trovare sia prescrizioni vincolanti, sia mere disposizioni interpretative o di indirizzo. In altre parole, ai fini della concreta individuazione della natura e degli effetti giuridici delle specifiche Linee guida, occorre guardare agli elementi sostanziali, indipendentemente dalla rispettiva (auto)qualificazione formale.

È per esempio questo il caso delle Linee guida n. 11/2018, 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 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», le quali presentano un'ambivalente natura interpretativa e precettiva¹⁹. Ciononostante, il Giudice Amministrativo ha sottolineato che, indipendentemente dal grado di vincolatività delle relative prescrizioni, l'ANAC non può direttamente incidere nella sfera giuridica dei destinatari. Segnatamente, con sentenza n. 9935 del 2019, il Tar per il Lazio ha affermato che le predette Linee Guida n. 11/2018, nella parte in cui hanno portata non vincolante (Parte I), non sono immediatamente lesive, assolvendo, al pari delle circolari interpretative, allo scopo di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei; tuttavia, anche la Parte II delle medesime Linee Guida, pur avendo portata vincolante – e, conseguentemente, natura di atto di regolazione dell'ANAC – non presenta carattere immediatamente lesivo. Infatti, gli operatori economici che ritengono di non doversi adeguare alle Linee guida in argomento in ragione della peculiarità dello

¹⁷ M. CLARICH, *La funzione di regolazione e le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 87 ss.

¹⁸ G. MORBIDELLI, *op. cit.*

¹⁹ L'Autorità medesima nella Relazione AIR chiarisce che le Linee Guida in argomento hanno una duplice natura, interpretativa e precettiva, posto che l'ANAC ha rilevato la necessità di chiarire dapprima i dubbi interpretativi posti dalla normativa, in particolare per quanto riguarda l'ambito oggettivo, soggettivo e temporale di applicazione dell'art. 177 del Codice; quindi, nella Parte II, ha individuato le modalità con cui i soggetti competenti devono compiere le verifiche ex art. 177, comma 3, del Codice, al fine di rendere effettivo il rispetto delle quote percentuali previste. Le une previsioni hanno portata interpretativa e non sono pertanto vincolanti, dovendosi ritenere adottate quale forma di "regolazione flessibile", ai sensi dell'art. 213, comma 2, del Codice; le altre invece, attuando il mandato legislativo, hanno efficacia vincolante e perseguono il fine di incentivare il ricorso alle procedure a evidenza pubblica.

specifico rapporto concessorio non incorrono immediatamente in alcuna sanzione²⁰: soltanto con l'atto mediante il quale gli enti concedenti contestano agli operatori economici la sussistenza di una situazione di squilibrio, sorge in capo a questi ultimi l'interesse concreto a sollecitare un controllo giurisdizionale sulla corretta applicazione e interpretazione dell'art. 177, d.lgs. n. 50/2016, in tempo utile prima di essere sanzionati.

Invero, è doveroso sottolineare che tradizionalmente le Linee Guida dell'ANAC sono state autonomamente applicate dalle stazioni appaltanti anche soltanto in ragione dell'autorevolezza dell'autorità da cui promanano e del tecnicismo della materia su cui intervengono, a prescindere dal loro più o meno intenso grado di vincolatività.

4.1. Le novità introdotte dal d.l. n. 32/2019

Il decreto legge n. 32/2019, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (c.d. decreto Sblocca-Cantieri), pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 18 aprile 2019, ha apportato numerose modifiche al Codice dei contratti pubblici²¹.

Tuttavia, come evidenziato dall'ANAC nella Relazione del 16 maggio 2019, tutte le modifiche intervenute sul Codice, dal momento della sua emanazione sino a quelle recate dal decreto Sblocca-Cantieri, offrono un quadro normativo poco chiaro e in continuo divenire, determinando evidenti difficoltà applicative da parte degli operatori del settore, con inevitabili, preoccupanti, ricadute sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici. Peraltro, sotto altro profilo, l'Autorità anticorruzione sottolinea altresì che un quadro giuridico confuso non agevola la concorrenza, scoraggiando anche gli investimenti delle imprese estere e rischiando di favorire la commissione di eventi corruttivi.

Pertanto, nell'intento di soddisfare l'esigenza di una maggiore certezza del diritto nelle procedure a evidenza pubblica, il legislatore ha deciso di superare il sistema di attuazione e integrazione della normativa primaria mediante il ricorso ai variegati strumenti delle linee guida e dei decreti ministeriali, per ritornare al precedente modello del regolamento attuativo unico²². Tale scelta legislativa è apparsa

²⁰ In particolare, ai sensi dell'art. 177, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, le sanzioni vengono irrogate dagli enti concedenti soltanto qualora la situazione di squilibrio sia constatata per due anni consecutivi, e comunque in seguito alla verifica annuale, qualora l'ente concedente adotti un formale atto per mezzo del quale rende edotto il concessionario delle ragioni per cui l'amministrazione ritiene applicabile nei suoi confronti la disposizione in argomento, dell'esito sfavorevole della verifica e della riscontrata situazione di squilibrio, in modo tale da consentirgli di ovviare alla situazione.

²¹ Per approfondimenti, M. CORRADINO (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca-cantieri. Una guida per operatori economici e stazioni appaltanti*, 2019.

²² Secondo A. CANCRINI, l'Autorità ha riscontrato difficoltà nell'ottemperare alla moltitudine di compiti che le sono stati attribuiti dal legislatore, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici del 2016:



quale manifestazione della volontà di addivenire a una significativa riduzione delle competenze regolatorie dell'ANAC, almeno per quelle materie che saranno coperte dalla nuova normazione secondaria.

Segnatamente, il decreto-legge in argomento, come convertito con legge n. 55/2019, ha introdotto all'art. 216 del Codice il nuovo comma 27 *octies*, ai sensi del quale «Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia».

Dunque la fonte regolamentare ridimensiona – ma non cancella – la categoria delle linee guida, dovendo la prima recare la disciplina delle seguenti materie: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione dei lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. In tutti questi settori, le linee guida già adottate mantengono la loro efficacia fino all'entrata in

«Sulla scia del “ritorno” al Regolamento unico, allora, si potrebbe prospettare un “ritorno” anche ad una Autorità specifica sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cui conferire un'adeguata dotazione di personale appositamente formato in materia di contrattualistica pubblica. Ciò consentirebbe di ridimensionare e razionalizzare i compiti oggi affidati all'ANAC, riconducendoli a quelli già svolti dall'allora AVCP, con un taglio netto alle ingombranti competenze (in primis quelle regolatorie) inopinatamente attribuite all'Autorità dal decreto legislativo numero 50 del 2016. La soluzione, seppur apparentemente drastica, risulta necessaria ove si consideri che – come emerge dalla pagina web dell'ANAC –, le funzioni svolte dall'Autorità sono già oggi (almeno in teoria) suddivise in due gruppi, “quelli relativi ai contratti pubblici e quelli in materia di anticorruzione e trasparenza”» (Intervento presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, maggio 2020).

vigore del regolamento, mentre rimangono successivamente efficaci quelle Linee guida che non saranno in contrasto con le disposizioni del regolamento medesimo.

Infatti, dalla lettera del richiamato art. 216, comma 27 *octies*, del Codice, si evince che il regolamento non investe la totalità delle linee guida ANAC già previste, in quanto, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019, residuano almeno tre ipotesi in cui permane la formulazione codicistica del rinvio alle linee guida vincolanti dell'Autorità: ai sensi dell'art. 80, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, per la definizione dei mezzi di prova da considerare adeguati ovvero le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto rilevanti per la dimostrazione dei gravi illeciti professionali che determinano le circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), del medesimo articolo (Linee guida n. 6/2018); ai sensi dell'art. 110, comma 6, del Codice, in materia di affidamento in caso di procedura concorsuale dell'impresa concorrente; ai sensi dell'art. 181, comma 4, per la determinazione dei sistemi di monitoraggio con cui l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a esercitare il controllo sull'attività dell'operatore economico (Linee Guida n. 9/2018).

4.2. Il residuo potere di emanazione delle Linee guida non vincolanti

Come messo in evidenza anche dal Consiglio di Stato, il c.d. decreto Sblocca Cantieri nulla dispone in ordine al potere dell'ANAC di emanare linee guida non vincolanti che, stante la vigenza dell'art. 213, comma 2, del Codice, sono chiamate a garantire «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». Pertanto le linee guida non vincolanti possono essere (ancora) mantenute e adottate dall'ANAC, purché i relativi contenuti rimangano all'interno dei confini che delineano la materia delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – e delle concessioni – ovvero dell'esecuzione degli stessi²³.

Ne consegue pertanto che nella pratica il regolamento attuativo sarà deputato a normare esclusivamente gli ambiti indicati nel decreto-legge e soltanto in tal caso si sovrapporrà – e sostituirà – alle Linee guida vigenti. Le Linee guida che invece permangono nel Codice, in mancanza di una contraria previsione espressa, non saranno sostituite; tuttavia, poiché il legislatore ha previsto l'intervento regolamentare su diverse aree della materia dei contratti pubblici, piuttosto che su articoli determinati del Codice ovvero

²³ Consiglio di Stato, I, Adunanza di Sezione del 9 ottobre 2019, parere n. 2627 del 17 ottobre 2019. In tale occasione il Consiglio di Stato ha riconosciuto che nel potere di regolazione non vincolante rientra anche la materia di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, in quanto le misure straordinarie del Prefetto hanno come presupposto l'esistenza di un contratto in corso tra l'impresa e la pubblica amministrazione: «è vero che l'art. 32 *cit.* si trova in un corpo legislativo diverso dal codice degli appalti ma è altrettanto vero che tale disposizione si occupa di un aspetto, seppur particolare dell'esecuzione dei contratti già stipulati con le pubbliche amministrazioni e conseguentemente non vi sono ostacoli all'adozione di linee guida non vincolanti da parte dell'ANAC».

in relazione a specifiche fattispecie, potranno perdere efficacia quelle disposizioni delle Linee guida vigenti che si porranno in sostanziale conflitto con la disciplina regolamentare.

In ogni caso, la giurisprudenza di merito ha chiarito che le Linee guida non vincolanti, traendo la propria fonte di legittimazione dall'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, non sono idonee a costituire parametro di legittimità per le regole di gara da parte delle stazioni appaltanti, risultando per lo più atti ricognitivi di principi di carattere generale²⁴. Infatti le prassi dettate da un'Autorità amministrativa cui non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria non soddisfano il requisito della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo mutare nel corso del tempo. In altri termini, non essendo state approvate con decreto ministeriale o interministeriale – e pertanto, non avendo la forza normativa dei regolamenti ministeriali *ex art. 17, comma 3, l. n. 400/1988* – e non innovando l'ordinamento giuridico mediante disposizioni a carattere generale e astratto, seppure di livello secondario, le Linee guida in argomento non possono essere ricomprese tra le fonti del diritto, in quanto non soddisfano il requisito del *clare loqui* predicato a livello europeo²⁵.

Alla luce delle suesposte considerazioni, diventa dunque ancora più fondamentale individuare indicatori significativi per qualificare le linee guida come atti normativi, ovvero atti di regolazione flessibile. Si dovrà infatti riconoscere valenza regolamentare al relativo contenuto che risulti idoneo a integrare l'ordinamento giuridico mediante comandi generali e astratti; saranno poi da considerarsi vincolanti quelle Linee guida che manterranno i caratteri tipici dell'atto amministrativo generale, contenendo prescrizioni idonee a regolare un novero ampio ma definito di situazioni giuridiche.

La disamina caso per caso deve analizzare anche le conseguenze giuridiche delle disposizioni in ordine agli effetti che le stesse producono in termini di limitazione delle posizioni giuridiche soggettive: qualora infatti dalla norma primaria si evinca l'intenzione del legislatore di comprimere una posizione giuridica soggettiva, allora l'atto amministrativo può dirsi qualificato da vincolatività/normatività²⁶, considerato che vi sono casi – soprattutto per quelle materie che non possono che essere disciplinate attraverso norme prescrittive – in cui la natura vincolante sarebbe consustanziale alla forma di regolazione di cui ANAC è onerata per legge²⁷.

²⁴ Consiglio di Stato, V, sentenza 13 novembre 2019, n. 7805.

²⁵ Tar per la Puglia, Lecce, sentenza 29 marzo 2019, n. 579.

²⁶ Consiglio di Stato, I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, sulle *Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. n. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*. L'esigenza di individuare gli indicatori significativi per qualificare le linee guida come vincolanti o meno è sorta anche in conseguenza del fatto che il parere n. 3235/2019 riguarda esclusivamente i poteri dell'ANAC riferibili al settore dei contratti pubblici, non avendo ritenuto la Sezione di dovere né di potere estendere l'indagine agli altri poteri, anche regolamentari, attribuiti all'ANAC in differenti materie.

²⁷ Consiglio di Stato, parere n. 615/2020 cit.

5. I rilievi del Consiglio di Stato in vista dell'adozione del regolamento unico

L'entrata in vigore del decreto Sblocca-Cantieri e della sua legge di conversione ha costretto la Sezione consultiva del Consiglio di Stato a intervenire ancora una volta per fare chiarezza sull'impatto che la novella legislativa comporta nel sistema delle fonti in materia dei contratti pubblici, con particolare riguardo alle Linee Guida dell'ANAC.

Infatti, cogliendo l'occasione della richiesta di parere sullo schema di Linee Guida recanti *Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali* – funzionale al superamento delle criticità derivanti dal mancato coordinamento della disciplina del terzo settore, alla luce del mutato quadro normativo di riferimento, con quella dei contratti pubblici – il Consiglio di Stato ha severamente precisato entro quale perimetro può essere esercitato il residuo potere dell'ANAC di suggerire soluzioni interpretative o prassi applicative mediante gli strumenti di regolazione flessibile, quali appunto le Linee Guida non vincolanti.

Le Linee guida in argomento infatti forniscono suggerimenti alle stazioni appaltanti per favorire l'omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche, e offrono altresì indicazioni per la disciplina delle procedure di affidamento dei servizi sociali. Più in particolare, dopo aver richiamato la disciplina applicabile agli appalti di servizi di cui all'art. 142, comma 5 *bis*, d.lgs. n. 50/2016²⁸, l'ANAC afferma al punto 1.6 che «Alle concessioni di servizi sociali si applicano le disposizioni indicate all'articolo 164 del codice dei contratti pubblici». Secondo tale previsione, alle concessioni nei settori speciali troverebbero dunque applicazione le norme codicistiche relative alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi, segnatamente in ordine ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali dei motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione del contratto.

Tuttavia, l'Autorità ha ricordato che, ai sensi dell'art. 19 della direttiva 2014/23/UE «le concessioni per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'Allegato IV che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva sono soggette esclusivamente agli obblighi previsti dall'articolo 31, paragrafo 3, e dagli articoli 32, 46 e 47», conseguendone in linea teorica che alle concessioni dei servizi sociali dovrebbero trovare applicazione soltanto gli istituti previsti dalla normativa europea sulla

²⁸ Agli appalti di servizi indicati al comma 5 *bis* dell'art. 142, D. Lgs. n. 50/2016 – ossia ai servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative) si applica il c.d. regime “alleggerito” previsto dai commi da 1 a 5 e da 5 *ter* a 5 *nonies* del medesimo articolo. Agli appalti dei restanti servizi elencati nell'Allegato IX, ferma restando l'applicazione dei commi da 1 a 5 dell'art. 142, D. Lgs. n. 50/2016, si applicano tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

contrattualistica pubblica espressamente richiamati. Pertanto la richiesta di parere sullo Schema di Linee guida dell'ANAC avanzata al Consiglio di Stato si incentra sulla compatibilità con la normativa europea della opzione interpretativa prevista dal punto 1.6 dello Schema delle Linee Guida, posto che, a prescindere dal carattere non vincolante di queste ultime, i contenuti di cui all'art. 164, d.lgs. n. 50/2016 esulano dalle disposizioni espressamente richiamate dalla direttiva europea. In altre parole, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi nuovamente sull'annosa questione del rapporto tra la disciplina sui servizi sociali e quella del Codice dei contratti pubblici, già oggetto di una pronuncia interpretativa volta a individuare le criticità delle Linee guida sulla materia, adottate prima dell'approvazione del Codice del Terzo settore²⁹.

Segnatamente, per quanto concerne il potere regolatorio dell'Autorità, dopo aver ricordato la ormai consolidata tripartizione delle fattispecie in linee guida ministeriali, linee guida dell'ANAC a carattere vincolante e linee guida dell'ANAC a carattere non vincolante, il Collegio ha sottolineato come il subingresso della fonte regolamentare di cui all'art. 216, comma 27 *octies* del d.lgs. n. 50/2016 nell'ambito di intervento dell'originario potere di regolazione dell'ANAC limiterà il potere di adottare linee guida vincolanti alle residue ipotesi in cui le norme del Codice espressamente fanno rinvio all'apporto attuativo o integrativo dell'Autorità; mentre la possibilità di adottare strumenti di regolazione flessibile a efficacia non vincolante *ex art.* 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 deve circoscriversi alla disciplina delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture³⁰, e ciò indipendentemente dal fatto che le disposizioni che giustificano tale potere dell'ANAC siano contenute all'interno del Codice dei contratti pubblici ovvero in altri testi normativi. Il Collegio precisa in ogni caso che tali considerazioni valgono soltanto per il settore in argomento, non potendo estendere l'indagine agli altri poteri dell'ANAC su differenti materie, quali la trasparenza e l'anticorruzione.

²⁹ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 26 luglio 2018, parere n. 2052/2018. In quell'occasione il Consiglio di Stato evidenziava come rispetto al previgente d.lgs. n. 163/2006, il Nuovo codice dei contratti pubblici non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni, trovando pertanto applicazione la normativa codicistica anche ai servizi sociali. Il nuovo d.lgs. n. 117/2017, agli articoli 55, 56 e 57, ha poi disciplinato le modalità di affidamento ad enti del terzo settore dello svolgimento di servizi sociali da parte delle Pubbliche Amministrazioni. Dall'esegesi di tali disposizioni, il Consiglio di Stato concludeva che, in materia di accreditamento e co-progettazione, la gratuità dell'affidando servizio – nei limiti dell'interpretazione data dal Consiglio medesimo – esclude la sussunzione della procedura all'interno della disciplina eurounitaria e pertanto lo stesso non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In ogni caso, in materia di servizi sociali, in linea generale il ricorso alle procedure di cui al Codice del terzo settore in luogo di quelle previste dalla contrattualistica pubblica deve essere motivato quale riflesso operativo del preminente valore "sociale" dell'affidamento, eventualmente dimostrando l'assenza di ogni possibile ripianamento con risorse pubbliche del costo dei fattori produttivi e l'assenza di alcuna forma di incremento patrimoniale.

In materia di convenzioni *ex art.* 56, d.lgs. n. 117/2017, il Consiglio di Stato invece auspica un intervento in sede di aggiornamento delle Linee guida di cui alla delibera ANAC n. 32 del 2016, per bene perimetrare l'ambito del ricorso consentito alle convenzioni, individuandone i casi di disapplicazione.

³⁰ Consiglio di Stato, parere n. 2627/2019.

Pertanto, in punto di compatibilità del Codice del terzo settore con la normativa sui contratti pubblici, il Consiglio di Stato ha invitato l'Autorità a verificare la conformità delle linee guida alle (future) disposizioni del regolamento unico, ma soprattutto a intervenire sulle previsioni che non possono rientrare nel campo di operatività delle linee guida non vincolanti.

Infatti, non è condivisibile la scelta dell'ANAC di estendere l'applicazione delle disposizioni dell'art. 164 del Codice dei contratti pubblici alle concessioni dei servizi sociali al fine di riempire il vuoto normativo dato dall'esclusione di tale tipologia di affidamenti dall'ambito di applicazione del Codice stesso ed evitare che le stazioni appaltanti disciplinino tale materia del tutto discrezionalmente con atti interni. Il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto tale argomento non convincente in quanto la legge delega n. 11/2016 ha espressamente previsto, quale principio e criterio direttivo, il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'art. 14, comma 24 *ter*, lett. b), l. n. 246 del 28 novembre 2005, ai sensi del quale è appunto vietata «l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari».

In particolare, l'applicazione delle Linee Guida dell'ANAC al terzo settore – benché non vincolanti – comporterebbe l'estensione dell'onere di motivazione in capo alle stazioni appaltanti per la disapplicazione della normativa sui contratti pubblici *ex art.* 164, d.lgs. n. 50/2016, la cui disciplina non è però stata prevista dal legislatore anche per la materia degli affidamenti dei servizi sociali. In altri termini, l'esercizio del residuo potere dell'ANAC di suggerire soluzioni interpretative o prassi applicative attraverso strumenti di regolazione flessibile, seppure non munite di efficacia obbligatoria e vincolante, è consentito esclusivamente con riferimento alle disposizioni che disciplinano procedure di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture, non potendosi estendere tale potere a tutte le materie che esulano dal richiamato perimetro.

Pertanto la risposta del Consiglio di Stato alla suesposta richiesta di parere non rileva soltanto per aver confermato l'autonomia della disciplina contenuta nel Codice del Terzo settore rispetto a quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici (esclusi gli articoli espressamente richiamati). Infatti il parere in argomento si spinge a chiarire che qualsivoglia fonte di regolazione subprimaria, integrativa o di indirizzo, da parte di un'autorità amministrativa deve comunque essere prevista dalla legge, ancorché si tratti di forme di regolazione flessibile e di ricognizione di prassi, anche in virtù dell'onere di motivazione dovuti in ragione della loro eventuale disapplicazione. In altre parole, l'Autorità non può adottare strumenti regolatori che, in ragione della *moral suasion* conseguente alla loro natura, di fatto indirizzano l'attività degli operatori del settore.

Se, dunque, da un lato la tesi enunciata può apparire restrittiva in quanto esclude la possibilità per un'autorità indipendente di adottare strumenti di regolazione flessibile, dall'altro lato consente di

superare la contrapposta tesi secondo la quale le Linee guida non vincolanti dell'ANAC possano essere in numero di gran lunga maggiore rispetto a quello desumibile dagli articoli del Codice: gli ambiti disciplinari rimessi all'Autorità non sono dunque imprevedibili, arginandosi in tal modo i rischi di incertezza del diritto³¹.

Anche in tale ambito deve quindi essere assicurato il rispetto del principio di legalità, sebbene per le linee guida non vincolanti il legislatore si limiti ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio del relativo potere di emanazione da parte dell'Autorità al fine di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti.

6. Considerazioni conclusive

Nonostante il Consiglio di Stato abbia a più riprese tentato di fare ordine, anche alla luce delle numerose e non sempre coerenti pronunce giurisprudenziali, l'inquadramento delle Linee guida tra le fonti del diritto appare ancora incerto.

Infatti, se inizialmente si è sostenuto come il carattere normativo potesse essere attribuito alle Linee guida con valenza regolamentare e non anche a quelle da considerarsi alla stregua di atti amministrativi di regolazione, il Consiglio di Stato ha da ultimo sottolineato che «predicare di un atto amministrativo la vincolatività delle sue disposizioni, significa attribuirgli efficacia normativa³²», contribuendo quest'ultimo a innovare l'ordinamento giuridico mediante norme generali e astratte di livello secondario. Inoltre, l'efficacia normativa deriva altresì dalla circostanza che, in base al conferimento di potere stabilito dalla norma primaria, il precetto incide direttamente sulle posizioni giuridiche soggettive, diversamente dagli atti di mero indirizzo, interpretazione, suggerimento o raccomandazione. Sostanzialmente il Consiglio di Stato – forse in vista della prossima adozione del Regolamento unico – sembra superare definitivamente la distinzione sulla portata normativa delle Linee guida basata sulla procedura adottata (ossia se la relativa approvazione sia avvenuta con decreto ministeriale o delibera dell'ANAC), in quanto la medesima natura deriverebbe dai contenuti prescrittivi delle specifiche Linee guida. In altri termini, la Sezione riconosce carattere normativo anche alle Linee guida adottate con delibera dell'ANAC il cui contenuto è da ritenersi vincolante, sempre che risulti “chiaro” dal dettato della norma primaria che il legislatore abbia inteso comprimere direttamente una posizione giuridica soggettiva. Se così fosse, sorgerebbe di nuovo l'interrogativo se anche alle Linee guida vincolanti dell'ANAC debba attribuirsi la medesima valenza regolamentare delle Linee Guida adottate con decreto

³¹ C. CONTESSA, *La regolazione subprimaria nel nuovo codice degli appalti*, in *Il libro dell'anno 2017*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., Torino, 2017.

³² Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020



ministeriale, con conseguente collocazione delle stesse tra le fonti secondarie del diritto. Tesi che, come sopra visto, appariva ormai superata e che invece oggi sembra tornare nuovamente in auge.

Probabilmente con la prossima adozione del Regolamento unico – e dei successivi chiarimenti che si renderanno necessari ai fini dell'integrazione tra le nuove disposizioni e il quadro regolatorio vigente – sarà auspicabilmente chiarito il ruolo e la natura delle Linee Guida vincolanti. È infatti ragionevole ipotizzare che la nuova fonte secondaria andrà a sostituire atti di pari rango, così come di pari rango dovrebbero essere considerate le Linee Guida che, in ragione dei diversi ambiti della materia trattata, rimarranno vigenti. D'altronde appare evidente che, con il "ripristino" dello strumento regolamentare, il legislatore abbia inteso attribuire una primaria importanza all'esigenza della certezza del diritto, ritenendo che la tentata strada di una regolazione più flessibile non si sia rivelata funzionale ai prefissati obiettivi di efficienza e trasparenza nel settore della contrattualistica pubblica.

Rimane invece incontestata la natura di atti amministrativi generali delle Linee Guida non vincolanti, in ragione dell'onere di motivazione conseguente alla loro eventuale disapplicazione, nonostante sia altrettanto pacifico che le stesse siano da considerarsi alla stregua di atti di mero indirizzo, la cui efficacia è ricondotta soltanto alla *moral suasion* dell'autorità emanante. Del resto, non è un caso che il Consiglio di Stato ha inteso chiarire che l'ANAC non può superare i confini normativi entro i quali è circoscritto l'esercizio dei suoi poteri anche per l'adozione di tale tipologia di atti, ossia la materia degli affidamenti pubblici.