

Publicato il 07/03/2022

N. 02611/2022 REG.PROV.COLL.
N. 16300/2019 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 16300 del 2019, proposto da Hera s.p.a., Acegasapsamga s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi, 32;

contro

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

per l'annullamento

del comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 16 ottobre 2019, depositato in data 25 ottobre 2019 (recante ad oggetto «Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici»);

del comunicato del Presidente dell'Autorità del 18 dicembre 2019 (recante "Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG, di trasmissione dei dati e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per i regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI, del codice dei contratti pubblici");

nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti, ivi inclusi, ove occorrer possa, la determinazione dell'Anac n. 556 del 31 maggio 2017 (recante "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136") e n. 4 del 7 luglio 2011 ove dirette ad estendere l'applicazione degli obblighi di tracciabilità mediante richiesta del Codice Identificativo Gara e di comunicazione ai contratti estranei e/o esclusi dall'applicazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2021 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe Hera s.p.a. e Acegasapsamga s.p.a., hanno impugnato il comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 16 ottobre 2019, avente ad oggetto «Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici», ed il successivo comunicato del 18 dicembre 2019 riguardante i regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI, del codice dei contratti pubblici.

Hera s.p.a. ha esposto di essere un'impresa pubblica, quotata in borsa, a capo di un gruppo societario operante in diversi settori, tra i quali anche i c.d. settori speciali e i settori esposti alla concorrenza. Hera effettua – in nome proprio e delle proprie controllate – acquisti indiretti non strumentali alle attività esercitate dalle società del gruppo (es. vigilanza etc.) o, comunque, svincolati dall'esecuzione di singole commesse ad opera delle controllate a loro volta titolari di diritti esclusivi acquisiti prevalentemente all'esito di procedure di gara o salvaguardati perché assentiti in conformità a norme al tempo applicabili afferenti i settori speciali oltre che ordinari.

AcegasApsAmga s.p.a. è una società controllata da Hera s.p.a. che opera nel settore della gestione dei servizi a rete mediante rinnovo e sviluppo delle reti di distribuzione energetiche.

Il regime giuridico di affidamento dei contratti a cui sono soggette le ricorrenti varia in ragione del settore di operatività, dell'oggetto e del valore del contratto da affidare e della natura dell'appalto.

Con i provvedimenti impugnati l'Autorità nazionale anticorruzione aveva ridefinito il contenuto degli obblighi di comunicazione in relazione agli appalti pubblici ed aveva modificato la disciplina per l'acquisizione del Codice Identificativo Gara ed il pagamento del contributo.

L'Autorità, infatti, con determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 aveva approvato le "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136", al fine di dare attuazione alle misure di contrasto alla criminalità organizzata mediante lo "strumento della tracciabilità", riordinando e sostituendo le precedenti determinazioni n. 8 del 18 novembre 2010 (recante "Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136 come modificata dal D.L. 12 novembre 2010, n. 187") e n. 10 del 22 dicembre 2010 (recante "Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari").

Le Linee Guida avevano ribadito che la ratio delle disposizioni in materia di tracciabilità era quella di "prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le

imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale", rammentando come "l'art. 3 della legge n. 136/2010 generalizza una forma di controllo dei contratti pubblici, quella della tracciabilità finanziaria (...)" mediante "(a) l'utilizzo di conti correnti dedicati per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratto di appalto; (b) il divieto di utilizzo del contante (...); (c) l'obbligo di utilizzo di strumenti tracciabili per i pagamenti".

A tal fine le Linee Guida, dopo aver indicato i criteri per la definizione regolamentare della filiera delle imprese soggette agli obblighi di tracciabilità, avevano individuato nel dettaglio i flussi finanziari soggetti a tracciabilità, esaminando altresì le fattispecie che potevano ritenersi escluse dagli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari (par. 2.5 ss).

Al par. 2.7 delle Linee Guida era previsto che "sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori "speciali" individuati dalla direttiva 2014/25/UE e dal Codice, Parte II, Titolo VI, Capo I, mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività" e per quelle attività "direttamente esposte alla concorrenza".

Tale precisazione era volta ad evitare l'estensione dell'operatività dell'istituto anche alle fattispecie in cui non veniva in rilievo il presupposto per l'applicazione delle norme sulla tracciabilità, ossia l'impiego di risorse pubbliche o, in ogni caso, l'esercizio di funzioni pubbliche derivanti da diritti esclusivi.

Conseguentemente, secondo quanto previsto dalle Linee Guida, per i contratti stipulati dalle imprese pubbliche per fini diversi dal perseguimento delle attività nei settori speciali non operavano gli obblighi di tracciabilità né di comunicazione.

Con il comunicato del 16 ottobre 2019 (recante ad oggetto "Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in

favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici”) il Presidente dell'Autorità, richiamando "l'esigenza di acquisire dati e informazioni su alcune procedure sottoposte alla vigilanza dell'Autorità escluse dall'applicazione del codice dei contratti pubblici", aveva ridefinito "gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento", mantenendo "ferme le indicazioni fornite nella determinazione 556 del 31/5/2017 in materia di tracciabilità dei flussi finanziari".

Nel comunicato erano riportati in tabella "gli obblighi aggiornati, con riferimento alle fattispecie escluse dall'applicazione del Codice interessate dall'intervento (...)" e, per quanto di interesse, veniva prevista l'applicazione degli obblighi di tracciabilità mediante rilascio di Smart CIG e/o del Codice Identificativo Gara e/o pagamento del contributo Anac per una serie di appalti prima non individuati con decorrenza dal 1 gennaio 2020.

Per quanto riguarda la trasmissione dei dati all'Osservatorio dei contratti pubblici, il Presidente disponeva altresì l'estensione degli obblighi di comunicazione attualmente in essere per i settori ordinari "a tutte le altre fattispecie, ivi comprese quelle elencate in tabella", prevedendo l'applicazione delle sanzioni disposte dall'art. 211 co. 13 del Codice anche all'accertamento di eventuali inadempimenti al comunicato medesimo.

In forza dei nuovi obblighi introdotti dal comunicato, le società ricorrenti si vedevano costrette ad effettuare un numero indefinito di comunicazioni aggiuntive all'Autorità sulla fase di esecuzione dei contratti estranei e/o esclusi (e.g. stati di avanzamento), per adempiere ad obblighi non previsti dalla disciplina e particolarmente gravosi, che avrebbero imposto un significativo aggravio organizzativo ed economico (es. assunzioni e definizione di un'apposita struttura organizzativa).

In seguito, con il comunicato del 18 dicembre 2019, il Presidente dell'Autorità aveva fornito ulteriori "Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG, di trasmissione dei dati e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità

per i regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI, del codice dei contratti pubblici".

In particolare, con tale comunicato il Presidente aveva chiarito che "gli obblighi di acquisizione del CIG, di trasmissione dei dati e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità previsti per i settori ordinari e per i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, si applicano anche ai Regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI del codice medesimo, ivi compresi gli appalti aggiudicati da imprese che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 del codice dei contratti pubblici (settori speciali)".

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 conv. l. 11 agosto 2014, n. 114 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 213, co. 2 e 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. – Violazione e falsa applicazione della delibera Anac 31 maggio 2017, n. 556 – Violazione dell'art. 12 della l. 29 luglio 2003 n. 229 e del Regolamento per la Valutazione di Impatto della Regolamentazione del 27 novembre 2013 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del Reg. di organizzazione e funzionamento dell'Autorità – Carenza di potere e/o incompetenza del Presidente dell'Autorità a «ridefinire» gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in favore dell'Autorità.

Con decorrenza dal 1 gennaio 2020, il Presidente dell'Autorità aveva previsto l'acquisizione dello Smart-CIG anche per i contratti stipulati dalle odierne ricorrenti per finalità diverse da quelle inerenti i c.d. settori speciali, nonché per alcuni contratti comunque esclusi dall'applicazione del Codice, fattispecie precedentemente non interessate dagli obblighi di tracciabilità.

L'art. 213, co. 3, del Codice dei contratti pubblici attribuiva all'Autorità un potere di vigilanza, ma non di regolazione, sicché l'Autorità non poteva ritenersi titolare di un potere di intervento su contratti estranei e/o esclusi dall'ambito di applicazione del Codice.

Né potevano ritenersi rilevanti, per fondare il potere dell'Autorità, le disposizioni dell'art. 213, co. 8 e 9, del Codice, che affidano all'Autorità la gestione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici: la gestione della banca dati, infatti, era attribuita all'Autorità "per le finalità di cui al comma 2", ovvero sia per l'attività di regolazione dei contratti pubblici, sicché l'Autorità non aveva alcuna competenza né con riferimento alla generalità dei contratti esclusi, né con riferimento alla categoria dei contratti estranei.

Il potere esercitato non poteva neppure trovare fondamento nel disposto dall'art. 4 del Codice, in materia di principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi, atteso che l'applicazione dei principi era affidata all'autonomia della singola stazione appaltante.

Inoltre, nella fattispecie non era stata operata alcuna consultazione delle parti interessate, né era stata effettuata alcuna valutazione di impatto della regolazione, pur recando i comunicati importanti modifiche alle Linee guida in materia di tracciabilità.

In questa prospettiva, i comunicati del Presidente, nella parte in cui prevedevano l'acquisizione dello Smart-CIG anche per le fattispecie già escluse dagli obblighi di tracciabilità previsti dalle Linee Guida, concretizzavano una violazione dell'art. 213, co. 2, del Codice, per non aver l'Autorità assicurato le forme di partecipazione e svolto la verifica dell'impatto della regolazione prima di intervenire sulle Linee Guida.

Sotto altro profilo, i comunicati risultavano assunti in violazione delle stesse regole di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, in quanto in seno a quest'ultima era riservata al Consiglio la funzione di deliberare "gli atti regolamentari di carattere generale (...)" (Regolamento organizzazione e funzionamento dell'Autorità approvato con delibera n. 919 del 16 ottobre 2019).

Di conseguenza i comunicati del Presidente, nella parte in cui modificavano il contenuto delle Linee Guida di cui alla delibera n. 556/2017 (misura diretta a "ridefinire gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in

favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento") dovevano ritenersi viziati da incompetenza.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 14 e 17 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. –Violazione e falsa applicazione della delibera Anac 31 maggio 2017, n. 556 – Violazione del principio di proporzionalità – Eccesso di potere per genericità dei comunicati rispetto agli obblighi imposti – Eccesso di potere per falsità dei presupposti e/o sviamento dalla causa tipica, avendo i comunicati previsto l'acquisizione di strumenti di tracciabilità per contratti esclusi e/o estranei all'ambito di applicazione del Codice.

Con i comunicati impugnati l'Autorità aveva ridefinito l'elenco delle fattispecie che prevedono l'acquisizione del CIG anche per i contratti estranei e/o esclusi dall'ambito di applicazione del Codice; tali comunicati erano stati adottati in assenza dei presupposti per l'esercizio delle funzioni in materia di tracciabilità, atteso che la decisione di estendere l'obbligo di acquisizione del CIG anche alle imprese pubbliche per i contratti esclusi (o che riguardavano attività diverse dai settori speciali) risultava inconferente rispetto alle finalità di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nelle commesse pubbliche ai sensi della l. n. 136/2010.

Nell'estendere le fattispecie per le quali era prevista l'acquisizione del CIG e gli obblighi di comunicazione, infatti, non si era provveduto ad individuare concretamente e correttamente le modalità che assicurino il perseguimento dell'interesse pubblico.

La peculiarità dei settori c.d. speciali (i.e., acqua, energia, trasporti e servizi postali) era rappresentata, quanto alle caratteristiche del contratto, dalla strumentalità dello stesso a bisogni c.d. di interesse economico generale; e, quanto alla natura del soggetto affidante, dalla particolare relazione organica con la Pubblica Amministrazione; alla luce di tali elementi risultava giustificata l'esclusione dei contratti in esame dall'applicazione della disciplina del Codice dei contratti.

Per le fattispecie relative agli appalti c.d. estranei l'esclusione dall'ambito applicativo del Codice riguardava la natura dell'ente aggiudicatore (i.e. imprese pubbliche o titolari di un diritto esclusivo) che agisce sul libero mercato in regime di concorrenza e si assume il relativo rischio imprenditoriale; in questa prospettiva, l'assoggettamento di questi enti agli istituti di tracciabilità anche per i contratti che sono estranei alle finalità del Codice risultava inconferente rispetto alle finalità previste dalla l. n. 136/2010.

L'ampiezza della formulazione dei comunicati sarebbe idonea in astratto a ricomprendere ogni contratto sottoscritto dalle società ricorrenti, ivi inclusi contratti sottoscritti a titolo privatistico, risultato inconciliabile con i principi di proporzionalità che si impongono all'Autorità.

Inoltre, considerando le indicazioni precedentemente fornite dall'Autorità stessa nei comunicati citati in ordine agli obblighi di comunicazione, emergerebbe ancor di più l'illegittimità dei comunicati qui impugnati, dal momento che essi si ponevano in contraddizione con la chiara distinzione tra settori speciali e settori ordinari presente nei comunicati precedenti, senza che tuttavia fosse stata fornita la necessaria giustificazione del superamento di tale distinzione.

III. Violazione e falsa applicazione degli art. 213 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. – Violazione e falsa applicazione della delibera Anac 31 maggio 2017, n. 556 – Violazione e/o falsa applicazione della Direttiva 2014/25/UE e del divieto di c.d. gold plating ex art. 1, co. 1, lett. a), l. n. n. 11/2016.

La scelta operata nei comunicati si rivelerebbe in contrasto con il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla Direttive eurounitarie.

I comunicati avrebbero nella sostanza introdotto un livello di regolazione superiore a quello richiesto, nella misura in cui hanno inteso assoggettare a procedure contratti ulteriori a quelli risultanti dal quadro UE e che pongono in capo ad alcuni soggetti operanti in un sistema concorrenziale (i.e. le imprese pubbliche) oneri procedimentali non previsti (ivi inclusi quelli di

tracciabilità). E ciò varrebbe sia quanto agli obblighi di comunicazione circa i cc.dd. contratti estranei, sia quanto agli obblighi relativi ai contratti delle imprese pubbliche nei settori speciali, in relazione ai quali il Codice è chiarissimo nel prevedere la necessità di loro soggezione a pochissime norme (art. 114 u.c. d.lgs. 50/2016).

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 56, l. 23 dicembre 2005, n. 266 – Violazione dell'art. 23 Cost. – Eccesso di potere per sviamento.

Sotto ulteriore profilo, i comunicati del Presidente violerebbero altresì le disposizioni in materia di finanziamento delle Authorities tramite il mercato di riferimento ai sensi dell'art. 1, co. 65, della l. 23 dicembre 2005, n. 266; l'imposizione di nuovi obblighi contributivi disposta per mezzo di comunicati violerebbe anche le garanzie procedurali previste ex lege a tutela delle stazioni appaltanti per la determinazione del contributo.

Si è costituita l'Anac resistendo al ricorso.

All'udienza pubblica del 1 dicembre 2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

A seguito dell'introduzione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari ex art. 3 della l. 13 agosto 2010, n. 136, l'Autorità nazionale anticorruzione, con determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, ha approvato le "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136"; con le Linee Guida, l'Autorità ha dato attuazione alle misure di contrasto alla criminalità organizzata mediante lo "strumento della tracciabilità", riordinando e sostituendo le precedenti determinazioni n. 8 del 18 novembre 2010 (recante "Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136 come modificata dal D.L. 12 novembre 2010, n. 187") e n. 10 del 22 dicembre 2010 (recante "Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari").

L'Autorità ha, preliminarmente, precisato come la ratio delle disposizioni in materia di tracciabilità fosse quella di "prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale", rammentando come "l'art. 3 della legge n. 136/2010 generalizza una forma di controllo dei contratti pubblici, quella della tracciabilità finanziaria (...)" mediante "(a) l'utilizzo di conti correnti dedicati per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratto di appalto; (b) il divieto di utilizzo del contante (...); (c) l'obbligo di utilizzo di strumenti tracciabili per i pagamenti".

Sono quindi stati individuati nel dettaglio i flussi finanziari soggetti a tracciabilità e le fattispecie che possono ritenersi escluse dagli obblighi di tracciabilità.

Al par. 2.7 delle Linee Guida è stato chiarito che "sono soggetti agli obblighi di tracciabilità i flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori "speciali" individuati dalla direttiva 2014/25/UE e dal Codice, Parte II, Titolo VI, Capo I, mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività (...)" e per quelle attività "direttamente esposte alla concorrenza".

Presupposto dell'applicazione di tali obblighi è, infatti, l'impiego da parte della stazione appaltante di risorse pubbliche, o l'esercizio di funzioni pubbliche derivanti da diritti esclusivi.

Conseguentemente, secondo quanto previsto dalle Linee Guida, per i contratti stipulati dalle imprese pubbliche per fini diversi dal perseguimento delle attività nei settori speciali non operano gli obblighi di tracciabilità (i.e. obbligo di acquisizione del Codice Identificativo Gara Semplificato) né di comunicazione.

Con i comunicati impugnati il Presidente dell'Anac, ravvisando "*l'esigenza di acquisire dati e informazioni su alcune procedure sottoposte alla vigilanza dell'Autorità*

escluse dall'applicazione del codice dei contratti pubblici", ha ridefinito "gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento" osservando che "restano ferme le indicazioni fornite nella determinazione 556 del 31/5/2017 in materia di tracciabilità dei flussi finanziari".

In particolare, nel comunicato si riportano in tabella *"gli obblighi aggiornati, con riferimento alle fattispecie escluse dall'applicazione del Codice interessate dall'intervento"* e, per quanto di interesse, viene prevista l'applicazione degli obblighi di tracciabilità mediante rilascio di Smart CIG e/o del Codice Identificativo Gara e/o pagamento del contributo Anac per una serie di appalti prima non individuati, con decorrenza dal 1 gennaio 2020.

Per quanto riguarda la trasmissione dei dati all'Osservatorio dei contratti pubblici, il Presidente dell'Anac ha disposto altresì l'estensione degli obblighi di comunicazione attualmente in essere per i settori ordinari *"a tutte le altre fattispecie, ivi comprese quelle elencate in tabella"*.

Con il comunicato del 18 dicembre 2019, il Presidente ha precisato che *"gli obblighi di acquisizione del CIG, di trasmissione dei dati e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità previsti per i settori ordinari e per i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, si applicano anche ai Regimi particolari di appalto di cui alla Parte II, Titolo VI del codice medesimo, ivi compresi gli appalti aggiudicati da imprese che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 del codice dei contratti pubblici (settori speciali)"*.

Con il primo motivo le ricorrenti hanno contestato la legittimità della richiesta di acquisizione del CIG e l'imposizione di obblighi informativi da parte dell'Autorità in relazione ai "contratti nel settore dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali" e "ai regimi particolari di appalto di cui alla Part II, Titolo VI del codice, ivi compresi gli appalti aggiudicati da imprese che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 115 a 121", già esclusi dall'ambito di applicazione del Codice.

In particolare, le ricorrenti hanno lamentato sia l'incompetenza del Presidente rispetto all'introduzione di modifiche alle Linee Guida, da deliberarsi con atto

del Consiglio dell'Autorità, che l'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo in materie non puntualmente identificate dal legislatore ed al di fuori dei limiti previsti dall'art. 213, co. 1, del Codice (prevenzione e contrasto all'illegalità).

Al riguardo si osserva che, secondo l'art. 6, rubricato "Competenze del Consiglio", del "Regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità", approvato con la delibera n. 919 del 16 ottobre 2019, "1. Il Consiglio delibera gli atti regolamentari di carattere generale, adotta i provvedimenti di ordine, di regolazione e sanzionatori, nonché quelli in materia di organizzazione e funzionamento dell'Autorità.

2. Sono di competenza del Consiglio tutti gli atti di programmazione finanziaria e di politica del personale, ivi compresa l'assunzione dei dirigenti e il conferimento dei relativi incarichi.

3. Il Consiglio delibera sulla base delle istruttorie predisposte dagli uffici competenti.

4. Il Consiglio può individuare, con separati atti di indirizzo, gli atti di propria competenza la cui adozione possa essere delegata ai dirigenti, salvo l'obbligo di rendiconto periodico al Consiglio sui provvedimenti adottati.

5. Al Presidente ed ai Consiglieri possono essere attribuite funzioni di coordinamento di determinate materie e ambiti di attività/uffici, a garanzia di una più coerente definizione dei procedimenti da sottoporre ad approvazione collegiale, rispetto agli indirizzi forniti dal Consiglio".

Pertanto, la competenza generale in ordine all'adozione di tutti gli atti dell'Autorità, di ordine, di regolazione e sanzionatori, spetta al Consiglio, mentre al Presidente spetta la rappresentanza dell'Autorità nei rapporti con gli organi dello Stato e con le altre istituzioni nazionali e internazionali, la direzione dei lavori del Consiglio e la sottoscrizione dei provvedimenti dell'Autorità, oltre, eventualmente, all'adozione dei provvedimenti di necessità e di urgenza.

Di conseguenza i comunicati del Presidente, nella parte in cui modificano il contenuto delle Linee Guida di cui alla delibera n. 556/2017, allo scopo di "ridefinire gli obblighi di acquisizione del CIG e pagamento del contributo in favore dell'Autorità per alcune tipologie di affidamento", devono ritenersi, come dedotto, viziati da incompetenza.

Ciò anche ove il potere esercitato dovesse ritenersi rientrante nei poteri di vigilanza ex art. 213, co. 3, 8 e 9 del Codice, come eccepito dalla difesa dell'Autorità, posto che per le funzioni di vigilanza, controllo e regolazione sui contratti pubblici non è prevista, sotto tale profilo, una differente disciplina, sicché le stesse rientrano, secondo le disposizioni regolamentari sopra citate, nella generale competenza consiliare.

L'accoglimento della censura di incompetenza ha carattere assorbente, determinando l'annullamento del provvedimento impugnato e la rimessione dell'affare all'autorità competente, affinché la stessa possa provvedere; il giudice non può esaminare altri motivi di ricorso, ostandovi la previsione dell'art. 34, comma 2, del c.p.a., in forza della quale: «In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»; pertanto, la decisione di accoglimento del ricorso, fondata sul vizio d'incompetenza, esaurisce l'oggetto stesso del giudizio e rende obbligatorio l'assorbimento delle eventuali censure sostanziali, dato che in tutte le situazioni di incompetenza e di carenza di proposta o di parere obbligatorio si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice, anche ai sensi ex art. 34, comma 2 c.p.a., non può fare altro che rilevare il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure (Consiglio di Stato, sez. IV, 1 marzo 2017, n. 941; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 aprile 2017, n. 789).

Il ricorso deve quindi essere accolto, con assorbimento delle ulteriori censure.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Autorità resistente alla rifusione in favore delle ricorrenti delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 2.500,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO