



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida n.....

recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea».

Documento di consultazione

Sommario

1.	FONTE NORMATIVA DELL'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ	3
2.	AMBITO DI APPLICAZIONE.....	4
2.1	Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma	4
2.2	I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma	5
2.3	L'ambito temporale di applicazione	6
2.4	I contratti assoggettati alla norma	7
2.5	Ambiti di applicazione dell'art. 253, comma 25, del d.lgs. 163/06 e dell'art. 177 del codice.....	9
3.	SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE	10
4.	L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE	12

1. FONTE NORMATIVA DELL'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ

L'art. 177, comma 1, del codice stabilisce che, fatto salvo quanto previsto dall'art. 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice, non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare mediante procedure ad evidenza pubblica una quota pari all'80% dei «contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni». La norma prevede che detti contratti debbano contenere clausole sociali e previsioni idonee a garantire la stabilità del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità. Per la restante parte dei contratti (20%), la norma prevede che gli stessi possano essere realizzati da società *in house* per i soggetti pubblici o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure di evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

L'art. 177, comma 2, prevede che le concessioni già in essere si adeguino alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del codice. Sul punto, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3703 del 27/7/2017 ha chiarito che l'obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e lo sbarramento temporale disciplinato dal Codice rappresenta il termine finale entro cui adeguarsi all'aliquota dell'80%.

L'art. 177, comma 3, del codice demanda all'ANAC l'individuazione, con apposite linee guida, delle modalità della verifica annuale, da parte dei soggetti preposti e della stessa ANAC, del rispetto del limite di cui al comma 1. La norma chiarisce che eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite dell'80% devono essere riequilibrare entro l'anno successivo e che, nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi, il concedente applica una penale pari al 10% dell'importo dei lavori, servizi e forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

Le disposizioni richiamate impongono, quindi, all'ANAC l'adozione di linee guida che, per la natura di atti attuativi del codice e per il particolare contenuto, avranno natura vincolante. L'indicazione delle modalità delle verifiche rimesse ai soggetti preposti e all'ANAC non può prescindere dall'interpretazione della norma in esame e dalla soluzione dei dubbi interpretativi che la stessa pone. Attesa l'importanza delle questioni emerse e il notevole impatto che le indicazioni fornite dall'Autorità avranno sugli affidamenti dei contratti in argomento, l'Autorità ha avviato un tavolo tecnico preliminare con alcuni soggetti concedenti e le Autorità di regolazione, al fine di ottenere utili indicazioni nella predisposizione di una proposta di linee guida da sottoporre a consultazione pubblica. Il presente documento rappresenta il risultato di tale attività e contiene alcune proposte di soluzioni interpretative e operative che si sottopongono all'attenzione degli Stakeholder, invitando gli stessi a far pervenire le proprie osservazioni in ordine alle soluzioni proposte, evidenziando le motivazioni a supporto delle scelte prospettate e il possibile impatto delle stesse sul mercato.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

2.1 Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma

L'art. 177 è contenuto nella parte III del codice rubricata «Contratti di concessione», il cui ambito di applicazione è definito dall'art. 164 del codice. Detta norma stabilisce che, ferme restando le disposizioni di cui all'art. 346 del TFUE, le disposizioni della parte III si applicano alle concessioni di lavori pubblici e alle concessioni di servizi indette:

- dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 1, lett. a);
- dagli enti aggiudicatori di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) limitatamente alle ipotesi in cui i lavori o i servizi oggetto della concessione siano destinati a una delle attività di cui all'allegato II del codice.

La norma chiarisce che le disposizioni della parte III non si applicano ai provvedimenti con cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzano l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici, incluse, quindi, le concessioni demaniali.

Per espressa previsione del comma 3 dell'art. 164, la parte III del codice non si applica ai servizi non economici di interesse generale, riferiti ad attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, quali ad esempio il servizio sanitario nazionale, le attività relative all'esercito e alla polizia, la sicurezza della navigazione aerea, il controllo della circolazione marittima e la sicurezza marittima, la gestione dei regimi di assicurazione obbligatoria finalizzati al perseguimento di un obiettivo esclusivamente sociale, le prestazioni di insegnamento pubblico.

La collocazione sistematica dell'art. 177 nell'ambito della parte III del codice farebbe propendere per l'applicazione alle fattispecie in esso regolate delle disposizioni contenute in tale parte, ivi comprese le esclusioni previste dall'art. 164 del codice. In alternativa, la norma in esame potrebbe essere considerata come istitutiva di un regime speciale per tutte le concessioni già in essere, affidate senza gara, ivi comprese quelle escluse dall'applicazione della parte III del codice.

L'art. 177 fa riferimento ai «soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea». Ciò implica la necessità di considerare il rispetto della normativa sulla contrattualistica pubblica vigente al momento della sottoscrizione del contratto di concessione, con l'esclusione di norme che in deroga alla stessa hanno permesso l'affidamento senza forme di evidenza pubblica.

Considerando la normativa attuale, che in larga parte riprende le esclusioni già previste dal precedente quadro normativo, si ritiene che non rientrino nell'applicazione della norma, oltre alle concessioni aggiudicate con la formula del *project financing* di cui all'art. 183 del codice e con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, le concessioni escluse dall'applicazione della direttiva 2014/23 ai sensi degli artt. 10-17 e dall'applicazione del codice ai sensi della parte I, titolo II, artt. 4-17, alle condizioni ivi indicate. In particolare, sarebbero escluse le concessioni affidate a organismi *in house* alle condizioni di cui agli artt. 5 e 192 del codice, le concessioni aggiudicate ad una *joint venture* o ad un ente aggiudicatore facente parte di una *joint venture* ai sensi dell'art. 6 del codice, le

concessioni nei settori speciali aggiudicate a un'impresa collegata ai sensi dell'art. 7 del codice, le concessioni aggiudicate in base a un diritto esclusivo ai sensi dell'art. 9, comma 2, del codice, le concessioni nel settore idrico aggiudicate ai sensi dell'art. 12 del codice, le concessioni aggiudicate ai sensi dell'art. 14 del codice dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea; le concessioni principalmente finalizzate a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche, aggiudicate ai sensi dell'art. 15 del codice; le concessioni aggiudicate o organizzate in base a norme internazionali di cui all'art. 16 del codice, le concessioni aventi ad oggetto le fattispecie di cui all'art. 17 del codice.

Per quanto concerne le concessioni affidate con il *project financing*, si ritiene che l'esclusione dall'applicazione dell'art. 177 possa operare soltanto nel caso in cui l'affidamento sia avvenuto nel rispetto delle condizioni indicate all'art. 183 del codice per la scelta del partner privato.

Si ritiene che con l'espressione «procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea» debba intendersi qualsiasi procedura di gara che garantisca un confronto competitivo, ivi comprese le procedure negoziate, unica modalità prevista per le concessioni di servizi nel d.lgs. 163/2006. L'art. 166 del codice prevede, infatti, la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori nell'organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto dell'art. 30 e della parte III del codice.

Per quanto concerne gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del codice, si ritiene che l'espressione «procedure di gara ad evidenza pubblica» debba essere intesa in senso letterale e quindi siano escluse dall'applicazione della norma le concessioni affidate con le modalità previste dal codice previgente.

Si invitano gli Stakeholder ad esprimersi in ordine alle indicazioni interpretative proposte nel presente paragrafo, con particolare riferimento alla possibilità di leggere l'art. 177 del Codice in combinato disposto con l'art. 164 del Codice, indicando altresì possibili soluzioni alternative che trovino, comunque, supporto normativo al fine di individuare le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma. I soggetti chiamati ad intervenire sono invitati, altresì, ad individuare altre fattispecie che debbano considerarsi escluse o ricomprese nella norma in esame e che si ritiene debbano essere espressamente menzionate nelle linee guida per favorire l'adozione di comportamenti omogenei da parte dei concessionari, indicando i riferimenti normativi applicabili.

2.2 I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma

L'art. 177 si riferisce ai «soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni». La definizione, con riferimento ai soggetti privati, è più ampia rispetto a quella riferita ai concessionari privati tenuti all'applicazione del codice, che si desume dal combinato disposto degli artt. 1, comma 2, lett. c) e d) e 164, commi 4 e 5, del codice. L'applicazione letterale della norma, che non prevede limitazione alcuna, farebbe quindi rientrare nell'obbligo anche i concessionari che non sono tenuti ad applicare il codice per i loro affidamenti. L'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma sarebbe giustificata dalla considerazione che i concessionari in argomento non sono stati selezionati con

procedure di evidenza pubblica, pertanto, la previsione è volta a recuperare a posteriori un meccanismo pro-concorrenziale che è mancato in fase di affidamento della concessione. Per tali motivi, si ritiene di adottare detta interpretazione facendo rientrare nel campo di applicazione dell'art. 177 tutti i concessionari privati, siano o meno tenuti all'applicazione del codice.

Dal tavolo tecnico svolto è emersa la richiesta di escludere dall'ambito di applicazione della norma i concessionari che sono tenuti all'applicazione delle disposizioni in materia di affidamento previste dal codice, atteso che in questi casi mancherebbe l'esigenza di recuperare il meccanismo di concorrenza che è mancato in fase di aggiudicazione della concessione e il risultato perseguito dalla norma verrebbe comunque raggiunto per altra via. In realtà si pongono dubbi sull'equivalenza del risultato raggiunto nei due casi. Nel caso di applicazione dell'art. 177, infatti, il concessionario selezionato senza gara sarebbe tenuto ad affidare al mercato almeno l'80% dei contratti, mentre potrebbe, ad esempio, affidare direttamente a un organismo *in house* o ad una società controllata/collegata al massimo il 20% dei contratti. Nel caso in cui si stabilisse che lo stesso soggetto debba applicare le disposizioni del codice, invece, questi potrebbe affidare la totalità dei contratti a un organismo *in house* ai sensi dell'art. 5 oppure ai soggetti indicati agli artt. 6 e 7 del codice. Pertanto, sembra potersi concludere nel senso che anche i concessionari tenuti all'applicazione del codice restino assoggettati all'art. 177 che introduce un regime particolare, applicabile alle sole concessioni già in essere, affidate senza gara.

Gli Stakeholders sono invitati ad esprimersi in ordine alle indicazioni interpretative fornite e ad indicare eventuali soluzioni alternative. Inoltre, sono invitati ad indicare altre ipotesi di esclusione o inclusione nell'ambito applicativo della disposizione in esame che richiedano l'espressa previsione nelle linee guida.

2.3 L'ambito temporale di applicazione

L'art. 177 si applica alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice.

La legge delega, all'art. 1, comma 1, lett. ii) individua, tra i principi e criteri direttivi specifici l'«obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato, nonché modalità di verifica del rispetto di tali previsioni affidate anche all'ANAC, introducendo clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità e prevedendo, per le concessioni già in essere, un periodo transitorio di adeguamento non superiore a ventiquattro mesi ed escludendo dal predetto obbligo unicamente le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto e le concessioni in essere o di nuova aggiudicazione affidate con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento di contratti di appalto vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge».

A differenza dell'art. 177, la legge delega prevede, quindi, che l'obbligo in argomento si applichi, oltre che alle concessioni già in essere, anche a quelle di nuova aggiudicazione, per poi aggiungere, come

previsione finale, che sono escluse dal predetto obbligo unicamente le concessioni già in essere e quelle di nuova aggiudicazione affidate con la formula della finanza di progetto o con procedura di evidenza pubblica, per le quali continuano comunque ad applicarsi le disposizioni in materia di affidamento vigenti al 13/02/2016 e, quindi, le norme di cui al d.lgs. 163/06. Questa specificazione consentirebbe di concludere che per «concessioni di nuova aggiudicazione» si intendono quelle affidate dopo l'entrata in vigore della legge delega, in vigore del vecchio codice. Pertanto, si ritiene che l'ambito temporale individuato dalla legge delega possa considerarsi, di fatto, coincidente con quello individuato dall'art. 177.

Ciò posto, si ritiene che debbano considerarsi assoggettate all'art. 177 le concessioni come individuate al punto 2.1 stipulate in data antecedente al 19/4/2016. Di conseguenza, ai sensi degli artt. 30 e 164 del codice, le concessioni stipulate successivamente all'entrata in vigore del codice devono essere affidate con le procedure di evidenza pubblica ivi previste.

Gli Stakeholder sono invitati a far pervenire osservazioni in merito alle soluzioni interpretative fornite sull'ambito temporale di applicazione dell'art. 177, evidenziando possibili criticità ed eventuali soluzioni alternative ritenute più idonee. Inoltre, gli stessi sono invitati ad evidenziare eventuali chiarimenti o specificazioni che ritengano utili prevedere nelle linee guida.

2.4 I contratti assoggettati alla norma

La disposizione afferma che i soggetti titolari delle concessioni come sopra individuate sono obbligati ad affidare mediante procedura ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni. La formulazione letterale della norma depone per l'interpretazione che riferisce il limite di 150.000 al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti, anche se il contenuto della Relazione illustrativa lasciava intendere un obiettivo diverso, almeno nella fase di predisposizione del Codice. Sul punto, si evidenzia che nello schema di decreto correttivo era stato previsto di modificare la norma nel senso che i concessionari dovessero affidare con procedure di evidenza pubblica una quota pari all'ottanta per cento «dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo superiore a 150.000 euro, relativi alle concessioni...». La modifica non ha superato il vaglio del Consiglio di Stato che, nel parere reso sullo schema di decreto correttivo, ha affermato che la formulazione proposta avrebbe creato «una soglia al di sotto della quale non vi è nessun obbligo di esternalizzazione, soglia dunque aggirabile mediante il frazionamento delle prestazioni». Inoltre, il Consiglio di Stato, evidenziando che tale modifica avrebbe rappresentato una deroga alla normativa vigente posta dalla legge delega, avrebbe potuto essere introdotta soltanto con una legge ordinaria e non con un decreto correttivo. Ciò posto, si ritiene che l'intervento dell'Autorità in materia sia vincolato e non possa discostarsi dall'interpretazione letterale della legge delega e dell'art. 177.

Si ritiene che il limite percentuale individuato dalla norma sia da riferirsi al valore stimato dei contratti da individuarsi ai sensi dell'art. 35 del codice. Si chiede agli stakeholder se sono dell'avviso che la percentuale minima di affidamenti debba essere calcolata con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso oppure distinguendo per ciascuna categoria (lavori, servizi e forniture). In tal caso, il

concessionario dovrebbe ricorrere al mercato per almeno l'80% dei lavori, l'80% dei servizi e l'80% delle forniture. Si evidenzia che, qualora non si facesse distinzione tra le categorie, si potrebbe raggiungere il limite minimo di affidamenti da effettuare con gara anche ricorrendo esclusivamente ad una sola delle tipologie contrattuali (es. le forniture di beni), con ciò arrivando, di fatto, a depotenziare completamente la norma.

La norma parla di contratti relativi alle concessioni. Si ritiene debbano essere ricompresi in tale definizione i contratti che riguardano le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessari per l'esecuzione della concessione stessa. Sul punto, occorre valutare se sia necessario imputare alla concessione anche i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell'attività nel suo complesso che, quindi, andrebbero ad incidere soltanto indirettamente e pro-quota sulla singola concessione (es. contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, contratti per le utenze, contratti di manutenzione degli immobili, ecc.). In caso positivo, occorrerebbe anche individuare criteri oggettivi per l'imputazione di detti contratti alla singola concessione (criterio della preminenza, pro-quota, ecc.). Su tali aspetti si richiede il contributo degli Stakeholder.

La percentuale dell'ottanta per cento è riferita ai «contratti di lavori, servizi e forniture» e non alle prestazioni, in ciò discostandosi dal previgente art. 253, comma 25, del d.lgs. 163/06 che faceva riferimento ai «lavori». L'interpretazione letterale della norma potrebbe condurre a ritenere che la percentuale in argomento si applichi alle prestazioni che il concessionario intenda esternalizzare, con esclusione dell'attività che lo stesso ha intenzione di eseguire in proprio. Del resto, diversamente opinando, si annullerebbe completamente la possibilità per il concessionario di eseguire direttamente alcune delle prestazioni oggetto della concessione, dal momento che la norma andrebbe intesa nel senso che l'80% delle prestazioni deve essere affidata con gara e il 20% può essere realizzato da società *in house*, società controllate o collegate o affidate a terzi con procedure ad evidenza pubblica anche semplificate. L'esecuzione diretta delle prestazioni rimarrebbe, quindi, fuori da entrambe le fattispecie. Sul punto, il Consiglio di Stato, nel parere reso sul decreto correttivo, ha affermato che «la previsione per cui nella quota dell'80% non rientrano i contratti di manutenzione ordinaria o quelli eseguiti direttamente dai concessionari [che si proponeva di introdurre con il decreto correttivo] appare in evidente distonia con il criterio di delega di cui alla lett. iii) del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 11 del 2016 che prevede l'obbligo di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 mediante procedura di evidenza pubblica ...». Sul punto si ritiene che la distonia rilevata, mentre è palese con riferimento ai contratti di manutenzione ordinaria, appare dubbia con riferimento ai contratti eseguiti direttamente, proprio perché è la stessa legge delega a riferirsi ai contratti e non alle prestazioni. Ciò posto, si ritiene che possa essere sostenuta l'interpretazione per cui l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma.

Si ritiene che non dovrebbero rientrare nella base di calcolo delle percentuali le prestazioni che il concessionario che non è amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore abbia dichiarato di voler affidare in subappalto, come pure i noli a caldo. L'Autorità è consapevole che questa soluzione potrebbe vanificare lo spirito della norma, consentendo al concessionario di sottrarre prestazioni al mercato attraverso il ricorso a subappalti. Pertanto, nel caso in cui si opti per tale interpretazione dovrebbero essere previste idonee contromisure finalizzate a scongiurare l'elusione della norma. Ad esempio si potrebbe limitare l'applicazione dell'esenzione ai soli subappalti che siano stati già indicati nel contratto di concessione o nel piano economico finanziario. Un dubbio si pone con riferimento alle

prestazioni eseguite dalle imprese collegate al concessionario. L'art. 174, infatti, stabilisce che tali imprese non si considerano come terze e, quindi, le prestazioni dalle stesse eseguite sono considerate come svolte dal concessionario direttamente. Seguendo tale interpretazione, si dovrebbe giungere a sostenere che le prestazioni eseguite dalle imprese collegate non dovrebbero rientrare nella base di calcolo delle percentuali previste dalla norma. A tale conclusione osta però il disposto dell'art. 177 che, invece, fa espressamente rientrare le prestazioni svolte dalle imprese controllate o collegate nella percentuale del 20%. Si ritiene che l'apparente contrasto tra le due norme vada risolto nel senso che, con riferimento alle concessioni affidate senza gara, l'art. 177 prevale sull'art. 174 in quanto espressamente riferito a quella particolare categoria di concessioni. Pertanto, mentre per le concessioni rientranti nell'art. 164 affidate dopo l'entrata in vigore del codice, si applica l'art. 174, alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure ad evidenza pubblica, si applica l'art. 177 del codice. Conseguentemente, si ritiene che le attività svolte da imprese collegate debbano essere ricomprese nella quota del 20%.

Si ritiene utile precisare che i contratti di durata pluriennale devono contribuire al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota. Sul punto, si chiede agli stakeholder di esprimersi in ordine alla necessità o all'opportunità di richiedere una contabilità separata per ciascuna concessione e alla fattibilità in concreto di tale previsione.

L'art. 177 stabilisce che le concessioni già in essere si adeguano alle disposizioni della norma entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice. L'interpretazione della disposizione è agevolata dalle considerazioni espresse dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3703/2017 laddove è stato chiarito che l'obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e il termine di 24 mesi è soltanto un termine finale entro cui deve essere raggiunta l'aliquota minima dell'80% dei contratti affidati con gara. Pertanto, man mano che i contratti vengono a scadenza, i nuovi contratti devono sin da subito, essere affidati mediante gara. Inoltre, appare utile richiamare il parere reso dall'Autorità al MIT in data 19/7/2017, in cui si chiarisce che il termine di 24 mesi dall'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici per l'adeguamento al nuovo rapporto di equilibrio "80/20" fissato dal comma 1 dell'art. 177 è stato previsto dal legislatore proprio in considerazione della necessità di programmazione e revisione dei piani economico-finanziari che l'adeguamento alle nuove disposizioni impone.

Gli Stakeholder sono invitati a far pervenire osservazioni in merito alle soluzioni interpretative fornite sull'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 177, evidenziando possibili criticità ed eventuali soluzioni alternative ritenute più idonee. Inoltre, gli stessi sono invitati ad evidenziare eventuali chiarimenti o specificazioni che ritengano utili prevedere nelle linee guida.

2.5 Ambiti di applicazione dell'art. 253, comma 25, del d.lgs. 163/06 e dell'art. 177 del codice

In vigore del d.lgs. 163/06, alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicavano, salvo che non fossero derogate nel capo II, le disposizioni del codice.

Ai concessionari di lavori pubblici che non erano amministrazioni aggiudicatrici si applicava l'art. 142, comma 4. Per l'effetto, detti soggetti erano tenuti all'osservanza degli artt. 149-151 in materia di pubblicità dei bandi e, in quanto compatibili, delle disposizioni della parte I, parte IV, parte V, nonché

le norme della parte II, titolo I e titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non fossero specificamente derogate.

L'art. 253, comma 25, del d.lgs. 163/06, introduceva una deroga alle disposizioni citate, prevedendo che «In relazione alla disciplina recata dalla parte II, titolo III, capo II, i titolari di concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, ivi comprese quelle rinnovate o prorogate ai sensi della legislazione successiva, sono tenuti ad affidare a terzi una percentuale minima del 60 per cento dei lavori, agendo, esclusivamente per detta quota, a tutti gli effetti come amministrazioni aggiudicatrici». Il riferimento alla parte II, titolo III, capo II fornisce indicazioni sull'ambito soggettivo di applicazione della deroga: dal momento che le disposizioni richiamate si applicavano soltanto ai concessionari che fossero amministrazioni aggiudicatrici, deve concludersi che la deroga fosse riferita a detti soggetti divenuti titolari di concessioni senza gara in virtù della normativa vigente all'epoca. Per tali soggetti, quindi, il legislatore aveva previsto un regime di favore stabilendo che, anziché affidare con gara il 100% dei lavori, gli stessi potessero ricorrere alla gara soltanto per il 60%.

L'art. 177 si inserisce in tale quadro normativo prevedendo che i soggetti sia pubblici che privati come individuati ai punti precedenti siano tenuti ad affidare con procedura di evidenza pubblica almeno l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture.

Sorge la necessità di coordinare le due previsioni con riferimento ai soggetti titolari di concessioni assentite prima del 30/6/2002 che in vigore del d.lgs. 163/06 erano assoggettati all'obbligo di affidare a terzi almeno il 60% dei lavori e che ora rientrerebbero nell'obbligo di affidare a terzi almeno l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture.

L'art. 177 non fa espressamente salve le concessioni assentite alla data del 30/6/2002 e, pertanto, queste rientrerebbero tra le “concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice”. Pertanto, per il principio della successione delle leggi nel tempo, a dette concessioni dovrebbe applicarsi l'art. 177. Di conseguenza, si ritiene che, per i contratti affidati a partire dal 19/4/2016, detti soggetti debbano rispettare le percentuali indicate all'art. 177. Ciò comporterà, per le concessioni regolamentate, l'obbligo di rivedere i piani regolatori ed, eventualmente, il PEF.

Sul punto, si invitano gli stakeholder a indicare eventuali problematiche che potrebbero insorgere dall'applicazione delle indicazioni proposte, anche con riferimento alla necessità di modificare i regimi regolatori in essere, indicando le modalità operative più idonee e individuando possibili contromisure volte a superare le criticità derivanti dall'applicazione dei nuovi limiti.

3. SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE

L'art. 177, comma 3, del codice prevede che eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato devono essere riequilibrare entro l'anno successivo e che, in caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedure ad evidenza pubblica. La norma fa riferimento alla necessità di riequilibrare eventuali situazioni di

equilibrio entro l'anno successivo. Si ritiene che la previsione debba essere letta nel senso che l'eventuale scostamento deve essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in questione. In sostanza, se nell'anno 2019 il concessionario affidasse con procedure di evidenza pubblica il 70% dei contratti nel 2020 sarebbe tenuto a recuperare lo scostamento del 10% relativo al 2019 e, in più, a rispettare il rapporto 80-20 riferito al 2020. La diversa interpretazione dell'obbligo nel senso della necessità di riequilibrare la situazione di squilibrio prescindendo dall'obbligo di recuperare lo scostamento pregresso potrebbe, infatti, favorire comportamenti opportunistici, inducendo i concessionari al rispetto della norma ad anni alterni.

Sul punto, si evidenzia che l'obbligo di riequilibrio inteso come necessità di recupero dello sfioramento entro l'anno successivo si rivelerebbe di fatto inapplicabile nel caso in cui lo sfioramento superi il 20%. In tal caso, infatti, il recupero non sarebbe materialmente possibile nell'anno successivo. Ad esempio, se nel 2019 il concessionario ha affidato con procedure di evidenza pubblica soltanto il 60% dei contratti, nel 2020 dovrebbe recuperare lo scostamento del 20% ed affidare con procedure di evidenza pubblica un ulteriore 80%. In tal caso, quindi, dovrebbe affidare con gara tutti i contratti programmati per quell'anno. Se, invece, per un anno si scende al di sotto del limite del 60% degli affidamenti con gara, lo scostamento, che sarebbe superiore al 20%, non potrà essere recuperato nell'anno successivo. Per ovviare a tali impedimenti, si dovrebbe prevedere la possibilità di un piano pluriennale di rientro per gli scostamenti superiori al 20%. Tuttavia, tale soluzione potrebbe trovare un limite nella previsione normativa che fa espresso riferimento all'obbligo del riequilibrio entro l'anno successivo, pena l'applicazione della penale e dovrebbe, comunque, essere limitato ai primi anni di vigenza della norma.

Per quanto concerne l'importo su cui calcolare la penale da applicare, la norma fa riferimento all'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedure ad evidenza pubblica. Si ritiene, pertanto, che la base di calcolo debba essere rappresentata dallo scostamento rispetto al limite dell'80%. Occorre, tuttavia, una riflessione sul fatto se la penale debba essere calcolata sullo scostamento riferito al periodo annuale o biennale.

Dal punto di vista procedurale, si ritiene che l'applicazione della penale debba avvenire all'esito di un regolare contraddittorio con il concessionario, nel rispetto del principio della partecipazione e del diritto di difesa. Il contraddittorio dovrà avvenire sui presupposti per l'applicazione della penale e non sull'entità della stessa, ciò poiché il variare della base di calcolo della penale già consente la graduazione della penale in ragione della gravità dello scostamento, assicurando il rispetto del principio di proporzionalità.

L'Autorità ritiene opportuno che si provveda all'integrazione delle convenzioni in essere con il richiamo al disposto dell'art. 177, comma 3, del codice, al fine di assicurare la massima conoscibilità della norma da parte dei concessionari. Si ritiene che l'Autorità possa essere chiamata a vigilare sull'applicazione delle penali da parte dei concedenti, segnalando alle competenti autorità, ai sensi dell'art. 213, comma 6, del codice, eventuali inadempimenti che potrebbero configurare un danno erariale.

Gli stakeholder sono invitati a far pervenire osservazioni sulle indicazioni proposte e a fornire eventuali suggerimenti ritenuti utili.

4. L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE

La verifica di cui al comma 3 dell'articolo in esame ha ad oggetto il rispetto del limite di cui al comma 1 e, quindi, dell'obbligo di affidamento con procedure di evidenza pubblica di una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture come individuati ai sensi del punto 2.4. Come chiarito dal Consiglio di Stato nella sentenza richiamata, il rispetto della percentuale dell'80% deve essere garantito alla scadenza del periodo transitorio e, quindi al 19/4/2018. La prima verifica, quindi, dovrà avvenire a partire dal 19/4/2019 ed avere ad oggetto i contratti affidati nell'anno antecedente.

La norma in esame affida all'ANAC il compito di individuare, con apposite linee guida, le modalità della verifica e afferma che la stessa è effettuata dai soggetti preposti e dall'ANAC. Sul punto, sembra che i soggetti naturalmente deputati alle verifiche debbano essere i concedenti, parti del contratto di concessione e deputati all'applicazione delle penali che conseguono al mancato rispetto del limite percentuale previsto dalla norma. A tal proposito si evidenzia che i concedenti intervenuti nel tavolo tecnico preliminare alla predisposizione del presente documento di consultazione hanno rappresentato le difficoltà che deriverebbero dall'attribuzione agli stessi delle verifiche in argomento, attesa l'assenza di strutture organizzative idonee a svolgere funzioni di vigilanza. Il tenore della norma, d'altronde, esclude che le funzioni di vigilanza possano essere rimesse in via esclusiva all'ANAC, correttamente indicata quale soggetto incaricato delle verifiche unitamente ad altri, essendo già chiamata, in via generale, alla vigilanza sugli affidamenti di contratti pubblici tra cui rientrano i contratti che qui interessano.

Per quanto concerne le modalità dei controlli si ritiene che, anche in considerazione delle criticità rappresentate dai concedenti, sia opportuno individuare procedure di verifica ispirate ad una logica di semplificazione e razionalizzazione e rispettose del divieto di gold plating.

In particolare, si ritiene che gli obblighi di comunicazione che derivano dalle previsioni dell'art. 177 possano considerarsi assolti con la pubblicazione, in formato aperto, dei relativi dati sul profilo del committente, nella sezione Amministrazione trasparente. Pertanto, si potrebbe prevedere a carico del concedente l'obbligo di pubblicare tutti i dati relativi alle concessioni assoggettate all'art. 177 in un'apposita sottosezione della stessa in modo da renderle facilmente individuabili, con l'indicazione, oltre ai dati richiesti ai sensi dell'art. 29 del codice e dell'art. 1, comma 32, della l. 190/2014, anche delle seguenti ulteriori informazioni:

- data di sottoscrizione della concessione;
- stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue;
- dati del concessionario.

Inoltre, si ritiene utile chiedere la pubblicazione dei dati relativi alle concessioni in essere escluse dall'applicazione dell'art. 177, con indicazione dei motivi che legittimano l'esclusione.

A carico del concessionario, ivi compresi i concessionari privati che esercitino un'attività di pubblico interesse, potrebbe essere previsto l'obbligo di pubblicazione sul profilo del committente, sezione Amministrazione trasparente, dei seguenti dati:

- contratti riferiti alla concessione aggiudicati con procedure di evidenza pubblica, con indicazione dell'oggetto, del valore, del soggetto aggiudicatario, della procedura di affidamento adottata e dell'incidenza percentuale sul totale dei contratti relativi alla concessione;
- contratti riferiti alla concessione realizzati da società *in house*, da società collegate/controllate o mediante operatori individuati con procedure di evidenza pubbliche anche semplificate, con indicazione del soggetto esecutore e, nel caso si tratti di operatori, della procedura utilizzata per l'affidamento, nonché dell'oggetto, del valore e della percentuale di incidenza sul totale dei contratti relativi alla concessione;
- entità delle eventuali situazioni di squilibrio e interventi proposti per il relativo riequilibrio, con indicazione degli interventi proposti e del relativo cronoprogramma che devono essere contenuti in un piano di rientro appositamente elaborato e trasmesso al concedente.

Per i concessionari non tenuti agli obblighi di pubblicazione, si ritiene che gli adempimenti sopra descritti debbano essere posti in capo al concedente.

Si potrebbe prevedere un obbligo di pubblicazione annuale dei dati sopra indicati da assolversi, in prima applicazione, entro il 31/7/2019 con riferimento al periodo 19/4/2018 – 19/4/2019 e, successivamente, entro il 31 luglio di ogni anno con riferimento all'anno precedente. Tale pubblicazione potrebbe rispondere all'obbligo di trasmissione dei dati al concessionario, limitando la stessa alla comunicazione del link della pagina in cui gli stessi sono presenti.

Si ritiene opportuno prevedere che l'obbligo, a carico del concessionario, di trasmettere al concedente i dati suindicati debba essere espressamente previsto nelle convenzioni e che detti atti debbano essere adattati alle nuove disposizioni previste dal codice e dalle linee guida dell'ANAC. Tuttavia, potrebbe rivelarsi più opportuno evitare la revisione delle convenzioni in corso, per non gravare sui concedenti e i concessionari con la richiesta di adempimenti non strettamente necessari, anche in considerazione del fatto che i relativi obblighi sono previsti *ex lege*. Si chiede, quindi, agli stakeholder di esprimersi sulle opzioni prospettate.

Si potrebbe pensare anche all'elaborazione di una sorta di programmazione annuale degli affidamenti, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva. Nella programmazione dovrebbero essere individuati i lavori, servizi e forniture programmati nell'anno di riferimento, indicando, per ciascuno, la modalità di esecuzione (esecuzione diretta, affidamento tramite gara, affidamento a controllate/collegate/organismi in house) con indicazione dell'incidenza percentuale degli stessi sul totale dei contratti da eseguire. .

Si ritiene necessario prevedere che, ai sensi degli artt. 177 e 213, commi 3 e 13, del codice, l'esito delle verifiche effettuate dai concessionari sia trasmesso all'ANAC unitamente ad una relazione sulle situazioni di squilibrio accertate e sulle ipotesi che hanno dato luogo all'applicazione delle penali e che l'ANAC possa effettuare autonome verifiche a campione sui concessionari.

Gli stakeholder sono invitati a far pervenire osservazioni sulle indicazioni proposte e a fornire eventuali suggerimenti migliorativi sulle modalità delle verifiche e sui flussi informativi allo scopo necessari. In particolare, sono invitati ad indicare quali dati riferiti agli affidamenti dei concessionari si ritiene che debbano essere pubblicati sul profilo del committente.